

ó LIBRERIA

DE JUECES, ABOGADOS Y ESCRIBANOS,

COMPRENSIVA DE LOS CODIGOS

CIVIL, CRIMINAL Y ADMINISTRATIVO,

TANTO EN LA PARTE TEORICA COMO EN LA PRACTICA,

CON ARREGLO EN UN TODO A LA LEGISLACION HOY VIGENTE.

POR

EL ILUSTRISIMO SEÑOR

Don Florencio Garcia Goyena,

Magistrado honorario del Supremo Tribunal de Justicia, Regente que ha sido de las Audiencias de Valencia y Burgos, Ministro de la de esta Corte, y antiguo Síndico consultor de las Córtes y Diputacion permanente de Navarra,

Y

Don Joaquin Aguirre,

DOCTOR Y CATEDRATICO EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID.



MADRID.

I. BOIX, EDITOR:

IMPRESOR Y LIBRERO, CALLE DE CARRETAS NUM. 8.

1842.

TITULO LXVI.

Del juicio civil ordinario de mayor cuantía.

SECCION I.

De la demanda.

4521 La demanda es un escrito comprensivo de la peticion que hace el actor ante el juez competente para que determine sobre la cosa ó derecho que reclama. Esta demanda, sea civil, criminal ó mista, debe ponerse por escrito y firmada por letrado conocido. (Leyes 40 y 41, tit. 2, Part. 3; y 1, tit. 3, lib. 11, Novis. Recop.)

4522 El actor ó demandante puede poner por sí mismo la demanda, ó por medio de procurador, estando autorizado con poder bastanteado por el letrado defensor. La persona del procurador se legitima con la presentacion de copia íntegra del poder; y si despues comparece en juicio por sí propio el litigante, se entiende revocado el poder, salvo cuando esprese lo contrario en el pedimento que dé.

SECCION II.

De los requisitos que son necesarios en la demanda.

4523 Es necesario en primer lugar hacer mérito en toda demanda civil ordinaria de haber intentado el medio de conciliacion y no haber resultado aveniencia, acompañando à aquella certificacion literal del juicio, ò de no haber comparecido el demandado. (Art. 21 del reglamento provisional.)

4524 Toda demanda debe hacer mérito de la persona á quien se demanda, de su nombre y apellido y lugar de su vecindad ó residencia, para saber si es abuelo, padre, hijo, amo, criado, marido, muger, hermano, menor, loco ó cualquiera otra clase de persona de las que no se puede ecsigir contestacion, ó es necesario que se las demande con ciertas formalidades, con sujecion á lo dicho en el tit. 62, seccion 8.ª

4525 Es requisito esencial espresar clara y circunstanciadamente la cosa que se pide; pues si es semoviente, debe espresarse con claridad su color, secso, naturaleza, edad y especie: si pieza de oro ú otro metal, su peso, cualidad y hechura: si dinero, la cantidad y especie: si trigo, cebada, vino, aceite ú otra cosa semejante, su especie y medida: si vestido, el nombre, hechura y color de la tela ó paño: si arca, maleta, cofre ó saco cerrado con llave, basta esplicar de que son, y

lo que contienen por mayor, pues no està obligado à individualizarlo todo; asi como cuando demanda genéricamente la herencia de alguno, ó la cuenta de bienes de huérfanos, compañía, mayordomía, daños hechos, ú otras cosas semejantes, es suficiente que ofrezca probarlo en el discurso del pleito; y cuando demanda castillo, villa, aldea ú otro lugar señalado, no es necesario mas que nombrarlos, diciendo le corresponden con todas sus pertenencias: si es finca, ha de especificar su sitio, linderos y demas señales por las que sea conocida, y si pretende su propiedad ò posesion: si intenta que se le restituya á esta, ha de espresar el año y mes en que fue despojado: si le han injuriado de palabra ú obra, debe manifestar con claridad la ofensa, el ofensor, cómo y con qué le ofendió, en qué paraje, dia, mes y año; y si es cosa de peso ò medida, basta afirmar con juramento que no se acuerda con certeza á cuánto asciende, y protestar que en el progreso del pleito lo declararà. Careciendo la demanda de dicha claridad y especificacion, no debe ser admitida. (Leyes 15, 25, 26 y 31, tit. 2, Partidas 3 y 4; tit. 3, lib. 11 Novis. Recop.)

4526 Es tambien indispensable acompañar à la demanda los títulos, documentos ó escrituras en que se funda la accion, y no haciéndolo no debe ser admitido, porque sin esta circunstancia el demandado no puede instruirse suficientemente para contestar; y si el juez la admitiese y confiriese traslado, podrà el reo formalizar artículo de incontestacion, mientras tanto que no ecshiba los documentos.

4527 Ha de espresarse en la demanda el juez ante quien se pide, porque como por regla general el demandante ha de seguir el fuero del demandado, es preciso que se sepa si es competente aquel á quien se presenta la demanda. (Ley 32, tit. 2, Part. 3.)

|| La práctica general de los tribunales de la nacion ha desechado la fórmula por la que se espresaba el juez ante quien se interponia la demanda, en razon á que presentàndose por la parte el escrito al escribano que ha de dar cuenta, como cada uno de estos tiene su juez propio, claro es que la presentacion se ha de hacer ante el juez que lo sea del escribano. ||

4528 No obstante la regla general antes sentada, si el reo contestase á la demanda, como veremos al tratar de las escepciones, y se sometiese á la jurisdiccion que no es suya, quedará sujeto al juez ante quien contestó á la demanda, ó à quien se sometió, si no estuviese prohibido por la ley.

|| Abolidos por el reglamento provisional los casos de córte, omitimos la insercion de la doctrina que con sobrada difusion sentó el Febrero sobre esta materia al tratar de las demandas. ||

4529 No ha de limitarse la demanda à espresar circunstanciadamente las propiedades que determinen la cosa que pide, sino que no ha de escederse en pedir mas de lo que se le debe. (Ley 24, tit. 2, Part. 3.)

4530 Los escesos de la peticion pueden proceder ó por razon del tiempo, ò de la cosa, ò de la cantidad, ò del lugar, ó de la causa. Pedirá mas por razon del tiempo, cuando presente la demanda á virtud de una obligacion cuyo plazo, ò la condicion puesta en el contrato, no ha cumplido, á menos que hubiese causa justa, como si el marido empobrece, ó el padre disipa la legítima materna de su hijo; pues en es-

los casos podrá la muger reclamar su dote antes de la disolucion del matrimonio, y el hijo su legítima antes de llegar á la edad ó estado en que el padre debe entregàrsela. Tambien se pedirá mas en el tiempo, cuando por entonces no sea posible hacer la entrega que se pretende ni cumplir el pacto; como v. g. si se quiere ecsigir el parto ó fruto que ha de nacer, antes que nazca. (Ley 45, tit. 2, Part. 3.)

4531 Se pide mas por razon de la cosa ó cantidad, cuando se reclama aquello que el demandado no tiene obligacion de dar, ò mas cantidad de la que debe, ó si se pidiesen los frutos de la cosa sin deberse. (Ley 43, tit. 2, Part. 3.)

4532 Consiste el esceso de peticion en pedir al demandado que haga la entrega ó paga en un punto determinado en el que no tiene obligacion de hacerlo, escepto cuando nunca se le encuentre en el lugar de su domicilio, porque entonces en cualquiera en que se le halle puede ser reconvenido, para evitar que maliciosamente defraude al acreedor.

4533 Por último, se pide mas de lo que se debe por razon de la causa ó modo de pedir, siempre que en las obligaciones alternativas escoje el actor la que quiere, no teniendo derecho de elegir, y pide la entrega de esta precisamente, ó cuando el demandado hubiese prometido genéricamente dar ó hacer algo, y el demandante pidiese cosa determinada. (Dicha ley 45.)

4534 El que pide mas de lo que se le debe por dolo, pierde la deuda (ley 44, tit. 2, Part. 3: aunque esta ley ha sido desechada por la práctica, segun la cual, tanto en este caso como en el de que no intervenga dolo, ó en el de que el esceso consista en pedir mas de lo que esté estipulado ó la ley permita, el juez arregla la sentencia á lo que resulta probado de los autos, quedando ineficaz la reclamacion en cuanto á la parte escesiva). Si se pidiese en punto distinto del convenido, debe desecharse la peticion y condenar al actor en el tres tanto de los perjuicios que hubiere causado. Si el esceso consiste en el tiempo, se concede al reo el duplo del que el actor se adelantó en pedir. La razon de diferencia entre los escesos de lugar y tiempo y los de cantidad y causa que produce la diversidad de condenaciones, consiste en que en los primeros casos no puede suponerse buena fé en el actor, y por tanto siempre se le imponen las costas. (Leyes 42, 43, 44, 45 y 48, tit. 2, Part. 3.)

4535 El actor ha de esponer el derecho y razon en que funda su pretension, pues si no le compete accion alguna, y el reo forma artículo de no contestar, se declarará que no es parte para pedir; y aunque la tenga, si no la justifica y el reo lo niega, será reputado litigante de mala fé, como que no tuvo causa justa para litigar, y se le condenará en costas, aun cuando el reo tome á su cargo la prueba de que no debe lo que se le pide; pero si probase el actor su accion plenamente, aunque luego sean reprobados los testigos y tachados por razon de sus personas, no deberà ser condenado en las costas.

4536 La última parte de la demanda, que encierra la determinacion de la accion que se deduce en juicio, es la mas importante, porque à ella debe arreglarse el juez para dictar su fallo, si hubiese contradiccion entre esta y el cuerpo del delito. El actor en la súplica debe

especificar la accion que presenta en juicio, para que el juez pueda dirigir la marcha de la sustanciacion por el método que corresponda, y sentenciar ligándose à ella á su tiempo; por esta causa cuando el demandante usa de una accion ó interdicto posesorio, debe especificar si intenta obtenerla, retenerla ó ser repuesto en la de que se le ha despojado.

4537 Cuando la accion lleva consigo diferentes efectos, es de absoluta necesidad espresar en los casos que la ley lo permite cuàl es el que se reclama, como sucede en las demandas ò acusaciones de estupro; pero si no estuviesen en su mano, debe pedir alternativamente para evitar la plus peticion.

4538 En los juicios mercantiles se observaràn tambien la doctrina hasta aqui sentada, con solo las diferencias siguientes:

1.ª Que los procuradores han de presentar poder desde el primer escrito (art. 47 de la ley de 24 de julio de 1830); pero á los comerciantes les es permitido litigar por sí mismos, ó autorizar à sus factores ó mancebos mayores de 25 años (art. 34 de dicha ley), siempre que tengan domicilio en el lugar del juicio. (Art. 35 de la misma ley.)

2.ª Que no necesitan valerse de letrado para hacer sus defensas. (Art. 38 de dicha ley.)

3.ª Que las demandas ó alegatos, en cualquiera estado del pleito, que contengan citas doctrinales ó de leyes estranjeras, serán desechados por el juez, condenando al letrado en las costas. (Art. 45 de dicha ley.)

4539 Conviene tambien espresar en la súplica que se pretende se condene al reo á la satisfaccion de los frutos de la cosa litigiosa, y al pago de los intereses y menoscabos, si los hubiese, é igualmente en las costas, para que el juez en la sentencia pueda decidir sobre todos estos estremos, y moderarlos, si le parecieren escesivos, sin cometer la regulacion á contadores ó partidores, porque le està prohibido. (Leyes 6 y 7, tit. 16, lib. 11, Novis. Recop)

SECCION III.

De las causas útiles que pueden insertarse en la demanda.

4540 Generalmente en el principio de la demanda se inserta la clàusula *«ante V. como mas haya lugar ó proceda en derecho.»* Esta fórmula generalmente usada no es de necesidad en los juicios, pero sí de utilidad, porque si se pretenden dos remedios, uno cierto y otro incierto, ó se duda del competente, ó la demanda es dudosa, vale en la forma que por derecho puede valer, interpretándose y declarándose del modo que sea mas favorable al actor.

4541 Tambien se acostumbra á poner en las demandas la siguiente protesta: «sobre lo cual pongo formalmente la demanda mas arreglada y conforme á derecho, con la protesta de ampliarla, corregirla, suplirla y moderarla siempre y cuando convenga á mi parte, y con las demas que le sean útiles y conformes á justicia, que pido, &c.» Esta cláusula es muy útil para los efectos que menciona; pero sin embargo de ella, una vez contestado el pleito, no puede el actor sin consentimien-

to del reo, con quien casi contrae, apartarse de él, añadir ni enmendar la demanda en cosa sustancial, de modo que mude la accion á otra diversa, pues para ello es precisa nueva instancia ò interpelacion. Si la mutacion ó enmienda es de aquellas para las que no solo no necesita el reo usar de nuevas escepciones y defensas, sino que antes bien se dirige à declarar la accion, ò á moderarla, ò ampliarla, ó disminuir la cantidad pretendida en ella por las mismas causas y razones, pueden en virtud de dicha cláusula y no sin ella, asi el demandante como su heredero ó cesionario, hacerlo en la respuesta ó réplica al pedimento de contestacion del reo, y el juez debe sentenciar atendida la verdad, sin hacer mérito de las sutilezas de derecho. Tambien lo pueden hacer despues en el alegato de bien probado por lo justificado en la prueba con citacion contraria (lo cual es corriente, y hemos visto practicar y practicado en pleitos que hemos seguido en esta corte), porque esto no muda la accion. (Ley 2, tít. 16, lib. 11, Novis. Recop.)

4542 Usase tambien la cláusula *«pido justicia»*, con el objeto de suplir todos los defectos que pueda tener la demanda; por lo cual es conveniente omitirla, puesto que en el hecho de pedir justicia, es visto que el que la pide quiere todo y solo aquello que sea conforme à derecho.

SECCION IV.

Del juramento que se hace en las demandas.

4543 Para poner obstàculos que impidiesen que la mala fe tuviese lugar en los pleitos, atendiendo á los perjuicios que estos llevan consigo, se ecsigieron diferentes juramentos, ya en el principio de aquellas, ya en el progreso.

4544 El juramento consiste en la invocacion tácita ó espresa del nombre de Dios, como verdad primera é infalible, poniéndole como testigo de la certeza de lo que se declara. Debe tener tres cosas que son requisitos esenciales: verdad, juicio y justicia.

|| Se requiere la verdad; es decir, que sea cierto lo que se afirma ò niega, y que lo que se promete se cumpla á su tiempo: se requiere la justicia; á saber: que el juramento recaiga sobre lo que es lícito y honesto, porque si es contra las buenas costumbres, ni obliga ni se ha de cumplir: y se requiere el juicio, es decir, que se ha de jurar con prudencia y discrecion cuando la necesidad lo ecsija, y por cosa no leve. (Vallensis, lib. 2, t. 24, párrafo 3, núms. 4, 5 y 6.) ||

4545 Cuando el juramento tiene lugar sobre un hecho pasado, se llama *asertorio*; cuando sobre una cosa venidera, *promisorio*.

4546 Tambien se divide en voluntario, necesario ò supletorio, y judicial.

|| De estos juramentos trataremos al hablar de las pruebas. ||

4547 El juramento asertorio judicial es de tres especies, á saber: de calumnia, de malicia, y de decir verdad.

4548 El juramento de calumnia consiste en la afirmacion de que se pone á Dios por testigo de que si se entabla el pleito, es en razon á creerse asistido de justicia; que lo continuará con buena fe sin deferir-

lo, y que no cometerá fraude alguno; ni molestará ni calumniará al demandado: y si la accion fuese criminal, en que no acusa ni acrimina falsamente. El reo, al prestar el mismo juramento en los negocios civiles, promete que usará de sus escepciones y defensas bajo la misma persuasion de la justicia que le asiste, y que no entorpecerá el litigio.

|| En las causas criminales no debe ecsigirse este juramento al reo, por la misma razon que no se le toma al prestar la declaracion. ||

4549 Este juramento deben hacerlo actor y reo una sola vez en cada instancia al principiar el pleito ó despues, bien sean las causas ó pleitos civiles, criminales ò mistos, eclesiásticos ó profanos, en primera ó segunda instancia, procédase plenaria ó sumariamente.

4550 Cuando no se hubiese hecho el juramento en la demanda y contestacion, si una de las partes que lo hubiese hecho pide al juez que el otro jure espresamente, el juez debe otorgar á la peticion y mandar al litigante que no hubiese jurado, que lo ejecute; y si el uno lo pide dos veces al otro, y este no quisiese hacerlo habiéndolo mandado el juez, no debe sentenciar la causa ó pleito hasta que se preste el juramento; y si lo hiciese, ademas de ser nula la sentencia y todo el proceso, deberá el juez ser condenado en todas las costas, lo mismo que en todos los casos en que sè omiten requisitos esenciales del juicio, y á pesar de pedir la una parte que la otra los guarde, el juez deja de obedecer su mandato. (Ley 2, tít. 16, lib. 11, Novís. Recop.)

4551 Cuando las partes no pidan el juramento de malicia, su defecto no causa nulidad del proceso, porque se entiende hecho en virtud de las palabras *juro lo necesario*, que se ponen al final de los pedimentos.

4552 El juramento de malicia debe hacerse por los litigantes sobre las cinco cosas siguientes:

1.ª Sobre que creen tener justicia.

2.ª Sobre que cuantas veces sean preguntados sobre lo concerniente al pleito dirán la verdad.

3.ª Que no han sobornado ni sobornarán al juez ni al escribano, y sí solo les pagarán sus honorarios con arreglo al arancel.

4.ª Que no usarán de palabras falsas ni escepciones fraudulentas.

5.ª Que no pedirán términos maliciosos en perjuicio de su contrario. (Ley 23, tit, 11, Part. 3.)

4553 Tambien pueden hacer este juramento los apoderados, procuradores y defensores de los litigantes por sí y en nombre de estos, con tal que tengan para hacerle su poder especial, y no de otra suerte, sean procuradores de persona particular, ó de concejo, villa, ciudad, obispo, prelado, convento ó maestre de alguna orden, si ellos principiaron el pleito, pues si no, deben prestarle sus principales. Lo mismo procede en los tutores de menores y administradores de iglesias, hospitales y universidades, y en otras personas que con autoridad legítima administran bienes agenos, cuando tuvieren que demandar ò contestar en juicio por ellos. Ademas, si el menor es de buen entendimiento, está cerciorado del negocio sobre que se sufre el pleito, y principiò este con otorgamiento de su tutor ó curador, debe hacer por sí mismo el juramento. (Ley 24, tít. 11, Part. 3.)

4554 El juramento de malicia, que se acostumbra poner en las

demandas, sus contestaciones y en otros pedimentos que se dán en el discurso del pleito, es el que se hace, no sobre toda la causa, sino sobre algun artículo ó escepcion, antes ó despues de contestada la demandada, y siempre que se presume que el colitigante maliciosamente propone la escepcion ó pide alguna dilacion. (Ley 23, tit. 11, Part. 3.)

4555 Se diferencian estos dos juramentos, lo primero en que el de malicia se puede pedir antes y despues de contestado el pleito, y el de calumnia solo despues. Lo segundo, en que el de malicia se puede pedir tantas veces cuantas se presume que el colitigante propone maliciosamente alguna escepcion, ó pide la dilacion; y el de calumnia sola una vez se debe pedir y hacer por una persona en una instancia y sobre toda ella. Y lo tercero, en que este se pide y hace sobre toda la causa ó negocio que se controvierte, y aquel sobre escepciones ó artículos particulares, ó sobre dilaciones.

4556 El juramento de decir verdad es el que hacen en juicio, no solo los litigantes cuando juran posiciones, ó antes de la contestacion en los casos prescritos por derecho, sino tambien los testigos y peritos que declaran en él, los testigos sobre lo que saben y no sobre lo que creen, por cuya razon el que jura decir verdad no está obligado ni debe responder ni afirmar sino lo que real y verdaderamente vió, oyó, conoció y percibió por los sentidos corporales; en cuya atencion los testigos deben espresar el motivo por qué saben lo que deponen, si es por haberlo visto ú oido, cuàndo, á quién, cómo y en dónde, con toda individualidad; pues no declarando de esta forma siendo preguntados, no hacen fé ni prueban en juicio sus deposiciones, por consistir y afianzarse la virtud de estas en la razon que dan de su dicho. (Ley 23, tit. 11, Part. 3): y los peritos, segun lo que ven, entienden y observan en la materia litigiosa que reconocen, estan obligados á decir verdad, con espresion del motivo por qué lo afirman, segun las reglas de su arte; bien que el juramento de estos es propiamente de creencia.

SECCION V.

De la aseguracion de las resultas del juicio.

4557 Por regla general está prohibido á los demandantes que pidan el secuestro ó embargo de bienes del demandado, para evitar que cuando todavia no está cierto el derecho se le causen los perjuicios del depósito de sus bienes; mas esta regla sufre diferentes escepciones.

1.ª Cuando la cosa litigiosa es mueble y el deudor es sospechoso.

2.ª En las reclamaciones del haber dotal por dilapidacion del marido.

3.ª Cuando se teme la fuga del demandado.

4.ª Cuando el hijo preterido ó desheredado injustamente reclama su legítima, y el hermano instituido heredero se reusa á entregársela; porque en este caso deben depositarse todos los bienes partibles.

4558 En los tres primeros casos debe instruirse informacion sumaria que acredite los estremos en que se se funda la solicitud de secuestro.

4559 La intervencion de frutos no entrojados por deudas no puede solicitarse ni concederse, escepto el caso en que el deudor no tenga amigos ni dé fianza suficiente; estando encargados los alcaldes y ayuntamientos de que no permitan que en los granos ecsistentes en las eras se hagan cuestaciones ni demandas por personas de ninguna clase. (Artículo 10 del decreto de 8 de junio de 1813, restablecido en 8 de setiembre de 1836.)

4560 Està permitido á los litigantes que puedan pedir en cualquiera estado del juicio la fianza de arraigo, para por medio de ella asegurar sus resultas; pero se necesita que concurran los requisitos siguientes:

1.º Que el reo sea fallido, ó se tema su fuga ó la ocultacion de la cosa litigiosa.

2.º Que se haga constar la deuda ó por confesion del mismo reo, ó por informacion de testigos, al menos sumaria, ó por escritura pública ó privada reconocida.

4561 Concurriendo cualquiera de estos requisitos, està obligado el reo á dar fianza lega, llana y abonada, ó si no hallase fiador, á jurar que estarà à derecho hasta la conclusion del juicio. (Leyes 41, tit. 2, Part. 3, y ley 66 de Toro.)

SECCION VI

De la acumulacion de acciones.

4562 La acumulacion de acciones tiene por objeto la disminucion de los pleitos por medio de la reunion de diversas demandas ó acciones en un solo juicio.

4563 Esta consiste en la union de diferentes acciones propuestas á un mismo tiempo, en un mismo juicio y en una misma demanda, ó bien en diferentes tiempos y demandas hasta la contestacion del pleito.

4564 La acumulacion unas veces es necesaria porque diversas acciones tienen que tratarse en un mismo juicio, y otras es voluntaria, pero que pedida por el reo se convierte en necesaria, y el actor tiene que hacerla.

2565 A la primera especie de acumulacion pertenecen:

1.º Todas las acciones en que concurren las circunstancias de que el actor y el reo son unos mismos, y las acciones tienen el mismo orígen, y se proponen objetos idénticos; tales como las dobles, en que cada uno de los obligados es actor y reo al mismo tiempo, ó cuando uno de los herederos repite contra otro de ellos.

2.º Aquellas en que la una comprende à la otra; como por ejemplo: cuando por una accion se reclama la herencia, y por la otra un prelegado.

3.º Todas aquellas que, dirigiéndose á diversos fines, traen su origen de una misma causa.

4566 Tambien pueden proponerse contra un mismo reo en el mismo juicio todas las acciones que tengan diferentes litigantes.

4567 Por el contrario, no son acumulables aquellas acciones de

las que la una causa escepcion de cosa juzgada contra la otra, como sucede con las llamadas perjudiciales (ley 20, tít. 2, Part. 3), ò cuando la una es contraria à la otra.

4568 Sin embargo, en este último caso, cuando por la eleccion de la una no se quita la de la otra, se pueden proponer reunidas dos acciones, la una como principal, y la otra como subsidiaria; lo cual sucede cuando uno pide la nulidad de un testamento, y para en el caso de que se declare válido usa de la queja de inoficioso.

4569 En cuanto á las acciones procedentes de delito, se permite la acumulacion de muchas nacidas de diferentes causas contra una misma persona; pero no las nacidas de un mismo delito, porque la una destruye á la otra.

4570 Es libre el uso de las acciones civil y criminal nacidas de delito, pero una vez entablada cualquiera de ellas, no se puede entablar la otra; y si se presentasen reunidas en juicio, se continuarà únicamente la criminal: á menos que intentase principalmente la civil, y solo hiciese mérito de la criminal para reservar el derecho de usar de ella despues de pronunciada la sentencia (ley 18, tit. 14, Part. 4.) La razon de la preferencia de la accion criminal consiste en que interesa à la causa pública, y que esta debe siempre ser preferida.

4571 Cuando entablada la accion criminal recayese sentencia absolutoria, no puede entablarse la civil, porque declarado que no ha delinquido el procesado, no se le puede perseguir por ninguno de los efectos del delito; pero si el fallo fuese condenatorio, luego que se haya ejecutado se podrá usar de la accion civil.

4572 Para que se entienda elegida la accion criminal es preciso que en los escritos presentados por la parte se esprese que se pretende el castigo del reo; y si en aquellos no se espresase el objeto de las diligencias preparatorias, espresando solo que luego que sean evacuadas usará de las acciones civil y criminal que le competen, no resultando probado el delito, ha de entablar la accion civil, esperando para entablar la criminal al resultado de la sentencia. Si esta fuese condenatoria, podrà pedir el castigo del reo, ó el juez imponer la pena de oficio.

4573 No obstante que el actor use de la accion civil, si el reo propone accion criminal contra aquel, se suspende la civil, y decidida la de delito, que es perjudicial, si la sentencia es absolutoria puede procederse por la civil, y no si fuese condenatoria; mas si la criminal no es perjudicial, cualquiera que sea la sentencia puede intentarse la accion civil.

4574 Se entiende esta elegida, ó bien espresamente cuando el actor presenta demanda formal pretendiendo la condenacion á la restitucion de los intereses, daños y cosa principal, ó tácitamente cuando en los escritos presentados, cualquiera que sea su objeto, se manifiesta que el fin que se propone el actor por las diligencias que solicita es el de reintegrarse de sus intereses.

4575 Puede proponerse la acumulacion por el reo como escepcion en cualquiera tiempo y estado del juicio antes de la prueba; y si el actor se opusiese, se suspenderá el juicio principal, ventilando y decidiendo el incidente promovido.

SECCION VII.

De los casos en que el acreedor está óbligado á demandar.

4576 Por regla general á ninguno se puede obligar á que comparezca en juicio á usar de la accion que le corresponde por derecho, por el principio general de que á nadie se dan beneficios contra su voluntad.

4577 Sin embargo, por escepcion de aquella regla puede obligarse à cualquiera acreedor á que deduzca en juicio su demanda, cuando aquel que tiene que hacer un viage sabe que se està esperando á que intente realizarlo para demandarle entonces y hacerle suspender la marcha y causarle perjuicios y vejaciones. (Ley 17, tit. 2, Part. 3.)

4578 En semejante caso el deudor puede presentarse al juez competente para que compela á su acreedor á que ò use de su accion, ó de no presentarla, no sea oido hasta su regreso.

4579 Tambien se puede obligar á aquel que se jacta de un hecho cualquiera que ofende á un tercero, à que entable la demanda que le competa, apremiándole á ello el juez; y si no lo hiciese, se le condenarà á perpetuo silencio, é impondrán las costas causadas.

|| En nuestro juicio en este caso no se obliga al jactancioso á demandar, sino que realmente se le acusa de calumniador por el ofendido. ||

SECCION VIII.

Reglas generales para entablar los litigios.

4580 Todo pleito debe principiar por demanda y contestacion, y no por declaracion jurada del demandado, ni por informacion de testigos, escepto cuando el actor no pueda proseguir la instancia sin dar este primer paso.

4581 En este caso puede proponer y le serán admitidas todas las preguntas relativas á la cosa que quiere demandar: como si para pedir contra uno como heredero se le pregunta si lo es ó no, y en qué porcion de herencia ; si para demandar al padre por el peculio del hijo se le interroga si le tiene ó no; ó si á cualquiera persona, antes de formalizar la demanda, se le pregunta si es mayor ò menor de 25 años, para en caso de ser menor pedir que se le nombre curador para pleitos, y otras de la misma especie. (Leyes 1 y 2, tít. 10, Part. 3.)

4582 Si las preguntas fuesen relativas á los derechos del actor, impertinentes á la causa ò sobre puntos de derecho, no está obligado el presunto reo á contestar, porque seria obligarle à declarar las acciones de su enemigo: pero si sobre estos mismos estremos formase *posiciones*, deberà compelerse al reo á evacuarlas, y asi se practica.

4583 Tampoco tiene obligacion de responder cuando se le pregunta sobre cosas consistentes en el ànimo no manifestado con hechos ó con palabras; como si posee la finca, y si de buena ó mala fé. (Ley 2, título 12 Partida 3.)

4584 Del mismo modo no puede pretenderse que se admita informacion de testigos antes de la contestacion, si no es que de no admitirla entonces se espusiera el actor á no poder probar con posterioridad, como cuando los testigos tienen que ausentarse necesariamente, ó son viejos, están enfermos y se teme su muerte, ó hay otras causas de la misma especie; porque en estos casos, por evitar un mal mayor, deben ser ecsaminados con citacion de que ha de ser demandado; y si no asistiese, ó porque no pudiese, ò porque no quisiese, seràn no obstante recibidas sus declaraciones y hará fé su dicho, no siendo tachables. (Ley 2, tít. 16, Part. 3.)

4585 En la práctica se suelen admitir al reo informaciones de testigos con citacion contraria antes de contestar á la demanda, sin necesidad de que concurran las causas espuestas.

4586 La ley 4, tít. 16, Part. 3, ordena que se admita la informacion al hijo adoptado cuando el padre adoptivo le prometiò algo delante de testigos; y la 7.ª del mismo título y Partida, manda otro tanto cuando recaiga la informacion sobre escepciones dilatorias, como de recusacion, pacto de no pedir pleito acabado y otros casos semejantes, pero siempre con citacion contraria.

|| Omitimos el formulario de las demandas que pueden entablarse en juicio, porque en cada uno de los tratados hemos formulado las que á ellos corresponden, y seria repetirlas aqui inútilmente. ||

4587 A ninguno se le puede condenar sin oirle; y por consiguiente, de la demanda presentada en juicio se ha de conferir traslado al demandado, para lo cual se necesita proceder á la citacion judicial del mismo.

SECCION IX.

De la citacion ó emplazamiento de la demanda.

4588 La citacion es el llamamiento judicial que se hace al demandado ó demandados para que comparezcan ante el juez á defenderse ó cumplir algun mandato del mismo. (Ley 14, tit. 4, lib. 11, Novis. Recop.)

4589 Como la citacion es una de las partes esenciales del juicio, su omision daria por resultado la nulidad del proceso; y por consiguiente no puede dispensarse ni omitirse en ningun caso ni por órden de ninguna clase de autoridad.

4590 Puede ser la citacion de tres modos, á saber: verbal, real ó por escrito; la primera tiene lugar cuando de palabra se manda comparecer al demandado; la segunda cuando se prende al reo y se le presenta ante la autoridad, y la tercera cuando se le llama por edictos, pregones ó periódicos oficiales.

|| Estando prohibida la prision por deudas que no procedan de delito, únicamente puede tener lugar la aprehension de la persona acusada cuando, al menos por informacion sumaria, aparezca sospechosa de delincuente. ||

|| Para que las citaciones y demas llamamientos oficiales se inserten en los boletines de las provincias, cuidarán los jueces de primera

instancia de que se remitan á los gefes políticos para que estos determinen en la insercion. ||

SECCION X.

De las personas que deben ser citadas.

4591 Por regla general deben ser citadas desde el principio del pleito todas las personas de cuyo perjuicio se trata; y de no hacerlo, se puede pedir en cualquier estado del procedimiento que se haga la citacion, formando artículo de prévio y especial pronunciamiento sobre este particular toda vez que de omitirse la citacion se siga perjuicio al que la pide.

4592 Concurriendo esta circunstancia, el juez debe deferir á la solicitud suspendiendo el curso del negocio principal mientras tanto que aquella se ejecuta; y si asi no lo hiciese, como que se trata de un auto interlocutorio y reparable en definitiva, se puede interponer apelacion, que deberá admitirse en ambos efectos

4593 Hay otras personas que están secundariamente interesadas en el asunto sobre que versa el juicio, y que tambien pueden ser perjudicadas por la sentencia; y como conviene que se hagan hasta ellas estensivos sus efectos, será útil que se las cite; pero si no se hiciese, no por eso será nulo el juicio. Por esta razon en los pleitos que versen sobre arrendamientos convendrá citar al dueño de la cosa arrendada, y no al arrendatario, á menos que otra tercera persona la haya subarrendado, pues en este caso se la citará tambien para que pueda usar de su derecho.

4594 Acerca de si es ò no necesario citar al vendedor cuando se reclame un gravàmen inherente à la cosa vendida contra el comprador, no están conformes todos los prácticos. La opinion mas positiva es la de que el juez no debe acordar la citacion si el comprador no la pide; porque pudiendo éste usar de la eviccion, cuando no la usa, se entiende renuncia su derecho y que se carga con la responsabilidad, porque la sentencia no perjudica al vendedor sino cuando se pide que se le cite para que salga á la defensa.

SECCION XI.

Del modo de hacerse la citacion.

4595 La citacion ha de hacerse de diferentes modos, segun que el demandado esté presente ó ausente; y en este caso será tambien diverso el modo de citar cuando se sabe el lugar de la residencia, de cuando este se ignora.

4596 Cuando el reo está en el pueblo de su residencia y es hallado, se hace la citacion leyéndole el escribano la providencia íntegra, y dándole en el acto copia literal de ella, aunque no la pida, firmando el recibo y la citacion el citado, que se comprenderá en la misma diligencia; y si no supiese firmar, lo hará un testigo elegido por el mis-

-mo demandado. (Art. 1 de la ley de 4 de junio de 1837, y 60 de la de 24 de julio de 1830.)

|| Con motivo de lo prevenido en el art. 34 del reglamento provisional para la administracion de justicia, se ha creido en algunos juzgados, que cuando la persona demandada tiene su residencia en otro pueblo distinto del de la cabeza de partido, debe cometerse à los alcaldes la práctica de las notificaciones por medio de sus escribanos, asi como la de otras cualesquiera diligencias. No creemos que este sea el verdadero espíritu del artículo, sino que solo habla de aquellas diligencias que precisamente hayan de practicarse en pueblos no cabezas de partido, y que el juez no las practique por sí mismo. ||

4597 Si el citado se negase á suscribir, ó cuando no sepa, à elegir el testigo que haya de firmar por él, hará el escribano que en su lugar lo hagan dos de la misma casa ó vecindad de donde sea el reo. (Art. 2 de dicha ley.)

4598 Si el reo no pudiese ser habido, sin necesidad de mandato judicial ni de practicar las tres diligencias en busca que ordenaba la práctica antigua, desde la primera se dejará cédula de la citatoria á persona de la misma casa ó de la vecindad del demandado, para que se la entreguen, firmando la diligencia, que se estenderà en autos, el que la recibe ó un testigo en su lugar; y si aquel no quisiese firmar, lo harán en su lugar dos testigos de la misma vecindad. (Art. 3 de dicha ley.)

4599 No estando prevenido en los asuntos de comercio el órden que debe guardarse para hacer la citacion por cédula, se practicará con arreglo à la doctrina comun anteriormente sentada.

4600 En las certificaciones de traslado de la demanda de estado y citaciones de remate en los juicios ejecutivos, para hacer la citacion por cédula tiene que preceder mandato judicial.

|| En las notificaciones de estado, emplazamientos de la demanda &c. como la ley no previene el número de diligencias en busca que debe practicar el escribano, antes de que recaiga el mandato judicial se puede dudar cuántas sean necesarias. Segun el contesto de la ley de 4 de junio parece que bastará una sola, porque al escepcionar estos casos se refiere á la cláusula *sin necesidad de mandato judicial*; pero ecsaminado gramaticalmente el párrafo 3, pueden muy bien aplicarse las palabras: *escepto en los emplazamientos etc.*, á las precedentes: *la notificacion por cédula se hará á la primera diligencia en busca.* Esta parece la opinion mas conforme al espíritu de la ley y á la importancia de aquellas citaciones ||

4601 Omitiéndose cualquiera de las formalidades que quedan espuestas en las notificaciones y citaciones, serán nulos todos los procedimientos ulteriores que no se hubieran podido practicar sin haberse hecho las notificaciones legítimamente, salvo si la persona notificada se hubiese manifestado sabedora de la providencia en algun escrito presentado posteriormente ó en alguna diligencia judicial practicada por ella ó à su instancia, porque en tal caso se tendrán por hechas la notificacion ó citacion, si no reclamase que se practicaran en debida forma, y serán válidas por consiguiente todas las diligencias y actuaciones.

4602 El escribano que no guarda en las notificaciones las formali-

dades referidas, incurre en la multa de quinientos reales, y es responsable de los perjuicios. (Art. 5 de dicha ley.)

4603 Cuando la persona ó personas que han de ser citadas están ausentes, se pondrá diligencia por el escribano de haber sido buscadas y no halladas, asi como tambien del punto en que se le haya manifestado se hallan domiciliadas ó residiendo. En este caso, si parasen dentro de la demarcacion judicial, se oficiarà al alcalde del pueblo donde se hallen, para que las mande comparecer en el juzgado á fin de hacerlas la notificacion.

4604 Si están en territorio de otro juez, se espedirá á éste ecshorto instruido con los insertos necesarios, para que las mande citar y comparecer á evacuar el traslado de la demanda. (Ley 3, tít. 4, lib. 11, Novís. Recop.)

4605 Cuando el juez ecshortado corresponda al territorio de diferente Audiencia que la del juez ecshortante, se remitirá el ecshorto al regente de la Audiencia á donde corresponda el primero, con el fin de que éste haga que se cumpla con la brevedad posible. Si el ecshortado retrasase el cumplimiento del ecshorto, se dará cuenta al regente sin pasar oficio, como antes se hacia al juez que obra con morosidad.

4606 Cuando las personas á quienes debe citarse son inciertas, ó aunque ciertas, tantas que sin dificultad no pueden ser habidas ó conocidas para hacerlas la citacion, seran llamadas por edictos y pregones, y por anuncios en los papeles oficiales.

4607 Si el que ha de ser citado es menor de veinte y cinco años, se le debe proveer de curador para pleitos, nombrándole él mismo si fuese mayor de catorce años, y discerniéndole el cargo de tal el juez ante quien se nombra, ó nombrándole este mismo si fuere menor de esta edad; y con el tal curador se entenderán en adelante todas las diligencias que ocurran en el juicio hasta su decision.

4608 En los ecshortos que se libren para hacer la citacion de personas que se hallan en territorio de otro juez, se debe hacer mérito de la persona demandante y del poder presentado, si fuese procurador, é insertarse la demanda y auto que hubiese recaido; pero si la causa fuese criminal y se mandase la prision de un reo, para que el ecshortado no se oponga al cumplimiento es preciso que se inserte la prueba ó informacion sumaria que acredite hay méritos para la prision, pues faltando este requisito, puede denegarse el cumplimiento sin incurrir en pena.

4609 Las citaciones que se hiciesen á concejos, comunidades, cabildos etc., aunque lo mejor es que se hagan saber á la mayor parte, congregada segun se acostumbra, no obstante, como es difícil conseguirlo y entenderse con todos separadamente, si no quieren ó no pueden congregarse, basta que se notifique á su procurador ó apoderado residente en su pueblo ó en el del juicio. Los individuos no deben ser reconvenidos singularmente por la deuda y obligacion de sus cuerpos, ni al contrario estos por lo que debe cada uno de aquellos. (Ley 13, tít. 2, Part. 3)

4610. No solo debe hacerse la citacion al síndico ó procurador de dichos cuerpos, sino tambien al de cualquiera persona que le tenga, si no se la halla cómodamente; entendiéndose con él todas las dili-

gencias sucesivas hasta que se declare la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, si el poder se estendiese hasta este punto, y no de otra suerte.

4611 En los negocios civiles no debe hacerse la citacion en dias feriados, y si se hace, es nula por estar prohibida en ellos la práctica de toda diligencia judicial; pero si interesase públicamente, ó el negocio fuere urgentísimo, puede el juez habilitar estos dias para las actuaciones necesarias. Son dias feriados los domingos de todo el año, los dos dias primeros de Pascuas, y los de jueves Santo, jueves de Corpus y de la Ascension, y los de nacimientos de príncipes ó defuncion de los mismos.

SECCION XII.

De la contumacia y sus efectos.

4612 Sucede algunas veces que los litigantes son contumaces, el actor desamparando la demanda, y el reo no queriendo comparecer en juicio. La contumacia puede dimanar,

1.º De que el actor no manifieste su accion habiéndoselo mandado el juez dos ó mas veces.

2.º De que manifestada, no la prosiga instándole el reo.

3.º De que el reo no comparezca, ò impida que se le haga la citacion, ó se oculte maliciosamente.

4.º De que no responda á la demanda ó á las posiciones del actor, ò lo haga con oscuridad, á pesar de que se le prevenga que lo haga clara y categóricamente.

5.º De que uno ú otro no quieran jurar de calumnia cuando se lo haya mandado el juez.

6.º De no obedecer á la sentencia, ó impedir su ejecucion.

7.º De que estando delante del juez, no quieran responder à las preguntas.

4613 La contumacia es notoria, verdadera, presunta y ficta. Se llama *notoria*, cuando el citado en persona responde que no quiere comparecer: *verdadera*, cuando el citado legítimamente ó sabedor de la citacion dice que comparecerá, ó calla, mas no comparece: *presunta*, cuando no constando que la citacion haya llegado à noticia del citado, se presume mientras no lo pruebe; y *ficta*, cuando comete dolo para que no llegue, pues entonces finje ó supone la ley que llegó y fué citado.

4614 En los pleitos de mayor cuantía, si despues de pasados los nueve dias que se conceden para contestar á la demanda contados desde el siguiente à la notificacion, acusa el actor una rebeldía, con sola ésta está obligado el juez á declarar rebelde y contumaz al reo, y mandar recojer los autos con escrito ò sin él. (Art. 48 del reglam. provisional, y 115 de la ley de 24 de julio de 1830).

|| Esta disposicion del reglamento, que no ha introducido un derecho nuevo, sino mandado observar el antiguo, es justísima, porque destruye la práctica abusiva que ecsigia se acusasen tres rebeldías para la declaracion de rebeldía y contumacia. ||

4615 La práctica general de los juzgados despues de publicada esta

nueva disposicion, es la de declarar por acusada la rebeldía, y condenar en las costas de la misma al rebelde, señalàndole un corto término para la devolucion de los autos, bajo de la multa oportuna, ó poner alguacil de apremio con cierta cantidad por dia ú hora à costa del contumaz.

|| Esta práctica, que no se opone à la determinacion del reglamento, es mas ventajosa que la de que los escribanos pasen à recoger los autos, porque seria fácil á las partes burlar las diligencias que estos hiciesen en su busca, y habria necesidad de volver à dar cuenta. ||

4616 Si el acusado de rebelde compareciese y acreditara justo motivo por el que no habia contestado, como por ejemplo, incompetencia de juez y prohibicion del suyo propio, llamamiento ante tribunal superior, ú obstàculos para viajar, como guerras, crecientes de rios, muerte de persona de su familia ú otros semejantes, se declarará no incurso en contumacia.

4617 Segun las leyes vigentes está prohibido proceder contra el criminal por prision; pero bien podrá hacerse por condenacion de costas ó imposicion de multa. (Ley 8, tit. 7, Part. 3.)

4618 Si apremiado el reo se presenta y espone que no quiere contestar à la demanda, ò no recoge los autos, ó los devuelve sin contestar, el escribano debe dar cuenta al juez.

4619 En los asuntos de comercio está mandado que el juez declare contumaz al reo y mande que se entiendan las providencias sucesivas con los estrados del tribunal, y si el actor no usase de la via de asentamiento, que reciba el pleito á prueba. (Art. 115 de la ley de 24 de julio de 1830.)

4620 En los asuntos comunes se dispone por el artículo 48 del reglam. provisional, disposicion segunda, que despues de acusada una rebeldía se despache el apremio y se recojan los autos á fin de darles su debido curso. El curso que debiera darse si el reo contestase, era el de conferir traslado de la contestacion al demandante, y de la réplica de este al reo; pero como cuando este es contumaz puede seguir dos caminos el juicio á eleccion del demandante, se deberàn entregar los autos á este, para que proponga la peticion que crea mas conforme à sus intereses.

4621 Si despues de pasados los nueve dias y de contestada la demanda se presentase el reo alegando escepciones perentorias, se le oirá, con tal que lo haga dentro de veinte dias desde la contestacion de la demanda, que es el término que las leyes conceden.

4622 En las causas civiles no debe ser emplazada la muger honrada que vive con honestidad, para ir ante el juez personalmente (ley 3, tit. 7, Part. 3.) Si el juez quiso violentarla torpemente ó casar con ella por fuerza, ni debe emplazarla à ella ni á ninguno de su casa, ni aunque los emplaze estará obligada à ir ni á enviar personeros; por lo que en este caso el demandante debe usar de su derecho ante otro juez, si le hubiese en el pueblo, ó no habiéndole, ante el del partido inmediato. (Ley 6, tit. 7, Part. 3.)

|| Nos fundamos para opinar de esta manera en que la doctrina de la ley de Partida no es aplicable en el dia porque cada juez tiene su demarcacion, y en el caso de que no puedan conocer por in-

terés propio está mandado que entienda el juez del partido judicial mas inmediato ||

4623 Cuando hubiese de reclamarse contra los bienes de un difunto que dejó herederos conocidos por testamento ò abintestato, y estos no han admitido ni renunciado la herencia, debe pretenderse se notifique à todos que la admitan dentro del término que se les prefije y que regulará el juez, y despues pedir contra ellos.

4624 Si esto no obstante ni aceptasen ni repudiasen, acusada una rebeldía se les declararà rebeldes, y señalará nuevo término apercibiéndolos que de no aceptar ó repudiar dentro de él, se deferirà á la pretension del actor, salvo si piden el término legal para deliberar, porque en este caso se les debe conceder, y si pasado este nada dijesen, se estimará aceptada la herencia, y se repetirá contra ellos.

4625 Si los herederos repudian la herencia á instancia del actor, serán requeridos los parientes inmediatos por su òrden hasta el cuarto grado, contado por derecho civil.

4626 No queriendo estos admitirla, ha de solicitar el acreedor ante todas cosas para evitar nulidad que el juez nombre defensor á los bienes, que deberá ser el promotor fiscal del juzgado por el interés que en la decision puede tener el fisco, y asimismo que se inventarien y custodien para evitar estravío; y caso de haber bienes raices, que se nombre administrador lego, llano y abonado que cuide de ellos.

3627 Si no hubiese parientes, despues de practicadas las diligencias relativas á este punto en la forma que se espresará en su lugar oportuno, deberá entenderse la demanda con el promotor fiscal con arreglo á la ley de 15 de mayo de 1835.

4628 Si es actor y despues de contestada la demanda se ausenta ó no quiere comparecer, puede compelerle á pedimento del reo y no de oficio à proseguirla, y si no la prosigue, absolver á este de la instancia y condenar à aquel en las costas y daños que le causó, y no oirle despues, á menos que preste caucion de comparecer à continuarla, ó pruebe haber estado impedido legítimamente, ó que el reo ha sido tambien contumaz, en cuyo caso se compensa la contumacia del uno con la del otro.

4929 Tambien puede imponerle multa, segun sea la contumacia (leyes 5 y 6, tit. 3, lib. 4. R.; ó 2 y 6, tit. 4, lib. 11, Novisima Recopilacion; y 8, tit. 7, Part. 3); pero no debe imponérsela por no usar de la accion que le compete y proponer otra, porque ninguna ley le concede esta facultad, sino solo la de repetirla siendo contra derecho, y prefinirle término para que la deduzca, apercibiéndole que si dentro de él no lo hace, procederà à lo que haya lugar, que es imponerle perpetuo silencio y absolver al reo de la instancia, pues no hay contumacia para que el juez se estienda á mas

SECCION XIII.

Del órden de proceder en rebeldía.

4630 Declarado el reo contumaz, puede el actor usar de dos recursos, á saber: ó de la via de sentamiento, ó de la prosecucion de

la causa con los estrados en representacion de aquel, escepto en los negocios de comercio, en los que solo es permitido este recurso. (Artículo 166 de la ley de 24 de julio de 1830.)

4631 Consiste la via de sentamiento, cuando la accion es real, en poner en posesion de la cosa que se reclama; y si personal, se le entregan bienes equivalentes á la cantidad de la deuda, primero muebles, y sino raices. Si parecia el reo á cobrar sus bienes, segun la ley de Partida 6, tit. 8, pág. 3, dentro de un año en la accion real y cuatro meses en la personal, y hoy (ley 1, tit. 15, lib. 11 Novis. Recop.) en aquella dentro de dos meses y en esta de uno, se le devuelven los bienes y oye en via ordinaria, y pasados, no puede litigar sino sobre la propiedad. Si transcurrido el mes en la personal el actor no quiere continuar en la posesion, procede el juez á la venta hasta el efectivo pago.

4632 El otro recurso, que es indudablemente el mas regular, consiste en seguir el pleito con los estrados hasta definitiva como si hubiera comparecido el demandado: se recibe á prueba, y se le hace saber el auto de esta; justifica el actor su accion, y pasado el término de prueba y hecha publicacion si la pide, alega de bien probado, concluye, y el juez procede á sentenciar la causa, notificándose las diligencias de sustanciacion en los estrados de la audiencia, á escepcion de las de demanda, prueba y sentencia que se le deben hacer saber en persona, y no dejándose ver, á su muger, hijos ò criados; no teniéndolos, á sus vecinos mas cercanos en la forma espresada en la ley de 4 de junio de 1837; y pasado el término de la apelacion declara la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada y la hace ejecutar, todo á instancia del mismo actor.

|| La práctica de notificar à los estrados es puramente una fórmula introducida con el objeto de hacer entender que el litigio se ha seguido entre actor y reo, y que no recae el fallo en un pleito en que no se ha dado audiencia á una de las partes. Seria mucho mas ventajoso y la ficcion de la ley se aprocsimaria mas à la verdad de las cosas, si en lugar de practicarse las diligencias de notificacion en estrados, se fijasen en las puertas de la audiencia para que pudieran venir á noticia del litigante. ||

|| La declaracion de contumacia del demandado no debe dar siempre lugar á la declaracion por parte que le represente de los estrados de la audiencia, sino que cuando está presente y no contesta, deberá entenderse que renuncia á evacuar el traslado esclusivamente, pero no que desiste y desampara su derecho para todas las diligencias sucesivas. Asi està dispuesto en el art. 115 de la ley de enjuiciamiento sobre negocios mercantiles. La citacion del demandado, dice, se entenderá con los estrados del tribunal si no se hallare presente en el lugar del juicio. ||

TITULO LXVII.

De las escepciones que pueden oponerse en juicio.

4633 Escepciones al medio de defensa que opone el demandado para escluir la accion del demandante. (Ley 5, tít. 16, lib. 7, Novisima Recopilacion.)

4634 Puede la escepcion escluir la accion de dos modos: ó absolutamente ó para siempre, ó relativamente al tiempo, lugar ó modo de entablarse la demanda: las primeras se llaman perentorias, las segundas dilatorias.

4635 Las escepciones dilatorias se proponen impedir los efectos y curso de la accion del demandante, ò bien por defecto de jurisdiccion del juez ante quien se interpone la demanda, ó por razon de incompetencia, ó por considerarle sospechoso: otras se dirijen à la persona demandante, negándola la cualidad de legítima; y otras al negocio ó materia de la demanda por creerla defectuosa en el lugar, en el modo ó en el tiempo de pedir.

4636 Cuando no se usase por el reo del remedio de la acusacion que se le concede contra el juez que es incompetente, se entiende prorogada la jurisdiccion, de la que trataremos à continuacion para entrar despues en la escepcion de recusacion con los antecedentes necesarios.

SECCION I.

De la jurisdiccion prorogada.

4637 Jurisdiccion prorogada es aquella que ejerce un juez que la tiene propia, en asuntos ò sobre personas que no estaban sujetas à su autoridad, en virtud de la sumision tácita ó espresa de los litigantes.

4938 Se vé pues, que para que haya lugar á la prorogacion de jurisdiccion, es necesario que la tenga aquel en quien se proroga y el consentimiento de las partes.

4639 Puede hacerse la prorogacion de las cuatro maneras siguientes:

1.ª De persona á persona, cuando dentro del mismo distrito judicial el que está sujeto á un tribunal privativo ó especial se somete á otro, ò cuando el avecindado en un distrito consiente en responder ante el juez de otro.

2.ª De cantidad á cantidad ó cosa á cosa, como cuando á un alcalde constitucional que solo puede conocer en juicio verbal de valor desde doscientos reales abajo, se someten por cantidad mayor.

3.ª De tiempo à tiempo, esto es, cuando al juez por tiempo determinado se le faculta por las partes para que continúe cumplido aquel.

4.ª De lugar á lugar, como si quieren los litigantes que el juez de un territorio conozca en otro de una cosa que en este ecsista.

4640 Puede hacerse la prorogacion tácita ó espresamente: la primera tendrá lugar cuando las partes voluntaria y llanamente se convienen tratar su negocio ante un juez que no es suyo, y la segunda cuando el reo por actos que practica ante juez incompetente dá á entender que se somete á su jurisdiccion.

4641 En cuanto à los hechos que producen la tácita prorogacion, no hay conformidad entre los autores, ni las leyes determinan cosa alguna de positivo en esta materia.

4642 Lo mas probable es que se entienda sometido á la jurisdiccion aquel que pretende ante juez que no es suyo una diligencia cualquiera para la cual se necesita el uso de la jurisdiccion, ó bien que la pida el actor y el reo condesciende. Pertenecen á esta clase la contestacion à la demanda ó la determinacion de escepciones dilatorias y otras de su especie.

4643 La doctrina espuesta no tiene lugar cuando se usa la cláusula ó protesta de no entenderse prorogada la jurisdiccion por este hecho, porque en tal caso vale mas lo espreso que lo tàcito.

4644 La prorogacion de persona á persona puede ocurrir entre un juez de un ramo especial y una persona de otro fuero tambien especial, ó de una de esta especie á un juez ordinario, ó al contrario.

4645 La prorogacion á favor de un juez especial no es válida, porque à ninguno es permitido esceder los límites de la jurisdiccion que le ha sido cometida por el poder ejecutivo; asi es que un intendente no podrá conocer de un negocio de un militar aforado ni de un eclesiástico, aunque estos lo consintiesen.

4646 En el caso de la prorogacion de una persona privilegiada à un juez ordinario, es preciso distinguir si el fuero es renunciable ó no; si no lo es, como el de los clérigos (cap. 12, Estrav. *de for. comp.*) no puede prorogarse la jurisdiccion, porque nadie puede hacer lo que le previene la ley: si fuese renunciable, tendrá lugar la prorogacion de jurisdiccion.

4647 La de tiempo à tiempo no puede tener lugar en el dia, lo primero porque no es compatible con la determinacion de los estremos de la jurisdiccion que por el poder ejecutivo se ha concedido, de cuyos límites à ninguno es permitido salir; lo segundo, porque dado un nombramiento por tiempo fijo, no concluye sino cuando se mande cesar al nombrado.

4648 La prorogacion de cosa á cosa tampoco es posible por las razones espuestas; asi es que si un alcalde à quien compete conocer como juez esclusivo por cantidades que no pasen de 500 rs., se entrometiese à conocer de asuntos de mayor cuantía, cometeria un esceso, no obstante el consentimiento de las partes.

4649 La prorogacion de lugar á lugar es imposible, porque estando designado à cada juez el territorio jurisdiccional por la demarcacion de partidos, saliendo á conocer fuera de esta de cualquiera clase

de asuntos, atropellaría la jurisdiccion agena: escepto cuando ocurre algun delito de tales ramificaciones, que conviene seguir la causa en la capital ú otro juzgado diferente del fuero del delito, porque en este caso podrá conocer un juez incompetente en virtud de delegacion del Rey. (Art. 38 del reglamento provisional.)

4650 En este caso escepcional tendrá que valerse el juez delegado de los alcaldes de los pueblos donde hayan de practicarse diligencias y de los escribanos numerarios de los mismos, y no de los de su juzgado. (Art. 3 de la Real órden de 7 de octubre de 1835.)

SECCION II.

Del fuero competente.

4651 Es regla general que el actor debe seguir el fuero del reo, en razon á que aquel pretende el uso de la jurisdiccion contra una persona cualquiera, y por tanto es necesario que busque al juez que pueda ejercerla con arreglo à las leyes.

4652 Las causas que producen el fuero competente son el domicilio, el contrato, el delito y el lugar de la cosa sita.

4653 El domicilio es fuero competente general para todos los españoles porque todos viven bajo de la jurisdiccion del juez del territorio de su domicilio.

4654 El lugar del contrato es fuero competente solo para en el caso de ser hallado en él el deudor, no por casualidad y de trànsito, sino para permanecer algun tiempo, ó bien porque en la convencion se hubiera estipulado hacer el pago en algun punto determinado.

4655 El fuero del contrato no escluye al de domicilio, sino que el actor tendrá derecho á demandar en el que mejor le acomode.

4656 Es fuero competente para acusar por delitos el lugar donde estos se cometen, el de domicilio del reo ó cualquiera otro punto donde fuese aprehendido.

4657 Si ocurriese que todos los jueces que pueden ser competentes hubieran incoado los procedimientos, continuará el del lugar donde se cometiò el delito, por las mayores ventajas que resultan para la averiguacion de la verdad.

4658 El fuero de la cosa sita tiene lugar cuando por título universal ó particular de la herencia se hubiese adquirido derecho á una cosa perteneciente á ella, porque en este caso se puede demandar en el lugar donde radique.

4659 Es fuero competente para los vagos cualquiera punto donde se hallen, porque no tienen domicilio fijo.

4660 Está en la eleccion del actor demandar ante el juez que mas le convenga, cuando el reo tiene diferentes fueros.

4661 Si se demandase á cualquiera ante un juez que no tuviera autoridad sobre el demandado por cualquiera de las causas espuestas, tendrá lugar la escepcion de incompetencia.

SECCION III.

De los fueros privilegiados.

4662 Aunque por el art. 4.º de la Constitucion de 1837 unos mismos códigos deben regir en toda la Monarquía, y en ellos debe establecerse un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales, mientras tanto que aquellos no se formen, continúan los fueros establecidos por las leyes vigentes.

4663 Como la jurisdiccion eclesiàstica ecsiste á pesar del artículo constitucional, trataremos en primer lugar del fuero eclesiástico, que es estensivo no solo á las causas criminales, sino tambien á las profanas sobre asuntos pertenecientes á los clérigos.

4664 Gozan fuero eclesiástico todos los ordenados *in sacris* y de menores y los tonsurados, con tal que concurran en ellos los siguientes requisitos:

1.º Que vistan hábito clerical al menos seis meses antes de ser sumariados, ó desde el tiempo en que recibieran la órden si no llegase á los seis meses.

2.º Que lleven corona abierta.

3.º Que gocen beneficio eclesiástico, ó esten asignados al servicio de una parroquia y acrediten cumplir esta mision (conc. Trident. cap. 6, ses. 23), ó que los tonsurados estén estudiando en universidad ó colegio aprobado por el gobierno por mandato del obispo.

4665 Los ordenados de menores, casados una sola vez con doncella, gozan tambien el fuero, si sirven algun ministerio en la iglesia por encargo de su prelado, y usan de tonsura y hàbito eclesiástico; pero solo en cuanto á lo criminal (cap. único *de clericis conjugatis in* 6.º; ley 6, tít. 10, lib. 1, Novis. Recop.)

4666 Para que se adhiera á la escepcion de fuero propuesta por los tonsurados, si son de los ordenados à título de suficiencia, necesitan acreditar estar tonsurados, presentar certificacion del ayuntamiento de la cabeza de partido de haber hecho presentacion ante el mismo del título y asignacion á parroquia, y sido inscritos en el libro de coronados; asimismo hacer informacion con el cura pàrroco y dos feligreses, ó capitulares si fuese colegiata, de asistir al servicio de los oficios divinos, y tambien de la asistencia y aprovechamiento en sus estudios, y por último acreditar el uso contínuo del trage clerical.

4667 Cuando el tonsurado goza beneficio, necesita solo presentar el título y acreditar el uso de trage y cumplimiento de las cargas personales. (Ley 6, tit. 10, lib. 1, Novis. Recop.)

4668 Pierden su fuero tanto civil como criminal los eclesiásticos en los casos siguientes:

1.º Por los delitos contra la Constitucion del Estado, ya porque intenten trastornarla ó destruirla, ya porque pretendan se varie la dinastía que la misma reconoce, ó intenten destronar á la persona reinante, ò que en un solo cuerpo se confundan todos los poderes del Estado.

2.º Por conjurar de hecho para variar la religion, ó dejar de profesar la católica.

3.º Por predicar al pueblo, espedir pastorales, fijar edictos contra los objetos referidos, ó presidir en los actos en que se prediquen sermones de esta clase ó en cualquiera otra forma no comprendida en la ley de libertad de imprenta, ó por propagar doctrina contra la Constitucion, ó por provocar á su inobservancia con sàtiras é invectivas.

4.º Por presentarse con armas en las juntas electorales, ó impedir directa ó indirectamente la reunion de esta ó de las Córtes ordinarias ó estraordinarias, ó faltar al respeto á los cuerpos legislativos cuando estan reunidos.

5.º Por ser hallados ó aprehendidos robando en cuadrilla en despoblado, ò salteando caminos. (Ley de 17 de abril de 1821.)

6.º Tampoco gozan de fuero criminal en los delitos atroces, entendiéndose por tales aquellos en que se incurre en pena de muerte, à pesar de que esta no esté en observancia ó de que no aparezcan pruebas suficientes á la imposicion de aquella pena. (Real decreto de 17 de octubre de 1835, arts. 6.º y 7.º)

4669 En este caso antes de imponerse la pena se tiene que pasar testimonio al juez eclesiástico para que proceda á la degradacion, y si hubiese resistencia, se ejecutarà no obstante la sentencia.

7.º En los delitos de falsificacion de instrumentos, cartas ú órdenes de cualquiera autoridad.

8.º En los de blasfemia contra el Rey ó personas Reales (ley 2, título 1, lib. 3, Novis. Recop.), y tambien contra las Córtes por identidad de razon.

9.º Por jugar à juegos prohibidos; y como la pena serà pecuniaria, se remite testimonio de la sentencia al juez eclesiástico para su ecsaccion.

10. Por calumniadores.

11. Por traficar en mercancías llevando traje eclesiástico, prévias tres amonestaciones.

12. Por ausiliar, proteger ó encubrir á los gitanos, vagos ò cualesquiera personas de mala nota que anduvieran en despoblado en cuadrilla presumiéndose ser salteadores ó contrabandistas.

4670 Pierden los clérigos el fuero en los asuntos civiles:

1.º En los juicios de testamentaría procedente de legos, ó de division y particion de bienes, porque en estos casos realmente no son como tales enjuiciados, sino como representantes del difunto: pero si hubiesen ya adquirido la herencia, deberàn ser demandados en su fuero, porque se presentan ya bajo representacion propia.

2.º En las demandas sobre propiedad.

3.º En los pleitos sobre mayorazgos ó vinculaciones.

4.º En los juicios de reconvencion.

5.º En los que versen sobre inquilinato de casas, y por identidad de razon parece que tambien en los de arrendamiento de prédios rústicos.

4671 Otro de los fueros privilegiados es el de guerra y marina (Art. 36 del reglamento provisional, y 250 de la Constitucion de 1812.)

4672 Este fuero se estiende á lo civil y criminal, escepto en las demandas de posesion ò propiedad de vínculos ó mayorazgos, y de particiones de herencias de paisanos.

4673 El fuero militar es pasivo, y por lo mismo cuando ellos sean los demandantes ó acusadores, deben entablar sus acciones ante los jueces competentes de los paisanos.

4674 Gozan de fuero militar todos los individuos siguientes:

1.º Los del supremo Tribunal de Guerra y Marina con todos los dependientes de los mismos, sus mugeres é hijos.

2.º Los secretarios de capitanías generales y comandancias, sus dependientes y familia, no obstante jubilacion. (Real órden de 3 de enero de 1783.)

3.º Los auditores de guerra, sus asesores y fiscales, escribanos, procuradores, agentes de pobres, alguaciles mayores y un escribiente de cada escribanía. (Real órden de 25 de setiembre de 1765.)

4.º Los subdelegados durante la comision, los cirujanos de regimiento y hospitales. (Ordenanzas del ejército, tratado 2, tit. 22, art. 9.)

5.º Los asentistas de víveres, y empleados, silleros y demas operarios mecànicos que acompañan á los cuerpos por obligacion.

6.º Los individuos del juzgado castrense.

7.º Los intendentes, comisarios y ordenadores de Hacienda militar.

8.º Los individuos de la milicia nacional, solo en lo criminal, mientras esten en actos de servicio, entendiéndose por tales desde que salen para la formacion al sitio designado hasta la disolucion del cuerpo ó peloton por órden del gefe. (Artículos 100, 139 y 140 de la ley de 14 de julio de 1822.) Mientras esten acometidos por el enemigo ó en su persecucion, están sujetos en todo á la ordenanza militar. (Art. 137 de la misma ley.)

4675 Los cuerpos de milicias segun la Real órden de 30 de mayo de 1767 no gozan del fuero militar en la misma forma que los demas cuerpos del ejército, sino que respecto á ellos está mandado,

1.º Que los oficiales de todas graduaciones gocen el fuero de milicias mientras sirvan, gocen ó no sueldo.

2.º Que los sargentos, cabos primeros y segundos de granaderos y cazadores y las bandas de tambores gocen fuero militar y civil como veteranos.

3.º Que mientras tanto que el regimiento se halla en la provincia todos los individuos de tropa gocen el fuero criminal, y saliendo á campaña, ellos y sus mugeres gocen este y el civil.

4676 Los jueces competentes para conocer en los negocios de personas que gozan el fuero militar son el capitan general, el auditor del general, y en sus casos el consejo particular de cada regimiento.

4677 Si el fuero es de milicias, será juez el coronel con su asesor.

4678 Las causas para perder el fuero militar son:

1.ª El desafio.

2.ª La resistencia ó desacato á la justicia. (Real órden de 8 de mayo de 1834.)

3.ª Por delito de falsificacion ó uso de moneda de esta especie.

4.ª Por robo en la corte ó á cinco leguas en contorno ò en cuadrilla, à menos que sean aprehendidos por tropa, ó si usan armas prohibi-

das, aunque sean presos por órden de autoridad ordinaria. (Ley de 17 de abril de 1821.)

5.ª Por uso de armas prohibidas.

6.ª Por amancebamiento en la corte.

7.ª Por infracciones de la ordenanza de caza y pesca.

8.ª Por alcahuetería.

9.ª Por la intervencion en tumultos ó pasquines.

10. Por delitos anteriores al servicio.

11. Por juegos prohibidos, aunque en este caso la ejecucion de la pena toca al gefe del cuerpo, para lo cual se le pasará nota á fin de que la multa que se imponga la cobre y entregue al juez ordinario. (Real órden de 17 de agosto de 1807.)

12. Cuando son hallados delinquiendo sin insignia alguna militar.

13. Por el delito de estraccion de moneda.

14. Por el de contrabando.

15. Por atentados contra la Constitucion, y demas que comprende la ley de 17 de abril de 1821.

4679 Hay tambien delitos por los que los paisanos pierden su fuero y quedan sujetos á las autoridades militares: se cuentan entre estos,

1.º El de espionage.

2.º El de conjuracion contra gefes militares.

3.º El de insulto à centinelas ó patrullas; bien que en este caso es juez competente el gobernador de la plaza.

4.º El de incendio en cuarteles.

5.º El de induccion, ausilio ú ocultacion de desertores.

6.º El de robo en cuadrilla en despoblado siendo aprehendidos por la tropa, ó aunque no lo sean, si llevaban armas prohibidas. (Ley de 17 de abril de 1821.)

4680 Gozan del fuero militar de marina todos los matriculados, cualquiera que sea su clase, empleo ò dependencia, en los juzgados de marina, y tambien los auditores, los asesores, fiscales y alguaciles del departamento, apostaderos, comandancias, ayudantías de distrito, y los escribientes de aquellos. (Ley 3, tít 7, lib. 6, Novis. Recop.)

4681 Los individuos que estuviesen en servicio de la armada, y los empleados en las ocupaciones de construccion y armamento de buques de la nacion, la gente de mar y obreros de todo género que estuviesen matriculados, y los hijos de estos que antes de la edad competente se emplean en el servicio de la mar, ó los dedicados al estudio de la náutica en las escuelas establecidas, gozan tambien del fuero de marina. (Leyes 2 y 7, tít 7, lib. 6 de la Novis. Recop.)

4682 Los asentistas de víveres, municiones, hospitales, fàbricas ó cualesquiera otras cosas pertenecientes á marina, gozan solo fuero en lo perteneciente à sus asientos y contratas.

4683 Tambien le gozan los carpinteros de ribera y calafates matriculados para el servicio de la armada; pero no los carpinteros de blanco, herreros, pintores, faroleros, fabricantes de lona, jarcia y demas de su clase.

4684 Por Real órden de 29 de enero de 1818 se declaró que el fuero atractivo concedido à la marina no era limitado al cuerpo de

batallones, sino estensivo á toda la armada; y por la de 19 de junio de 1831, se determinó que solo disfrutasen de esta atraccion los batallones de la brigada Real.

4685 Están esceptuados del fuero de marina los mismos asuntos civiles que dejamos espuesto no se comprenden en el fuero militar; escepto las testamentarías procedentes de última voluntad de los matriculados, porque en estas entienden sus jueces privativos. (Art. 2, ley 7, tit 7, lib. 6, Novis. Recop.)

4686 Segun las leyes 1 y 2 de dicho título y libro, los tribunales de marina conocian en los casos de policía y gobierno; pero esta facultad se restituyó á los jueces ordinarios por Real órden de 14 de diciembre de 1806.

4687 Todo lo relativo á pesca hecha en la mar ó sus orillas, puertos, rias, abras y demas partes que baña el agua salada y comunica con la mar, está sujeto al conocimiento de los tribunales de marina. (Leyes 9 y 11, tit 7, lib. 6, Novis. Recop.)

4688 Del mismo modo pueden conocer contra todas las personas complicadas en ocultaciones ó robos que emanen de efectos de marina, ó hubieren contribuido directa ó indirectamente al naufragio ó pérdida de alguna embarcacion en la mar ó su costa, (ley 10, tit 7, lib 6, Novis. Recop.), ó à la estraccion de pertrechos de los arsenales, ó de cualquiera otro delito cometido á bordo de los bajeles de la armada nacional; pero si el delito se cometiese fuera de ellos, aunque fuese por personas matriculadas, corresponde el conocimiento á las autoridades ordinarias. (Nota 8, tit. 7, lib. 6, Novis. Recop.)

4689 Se ejerce la jurisdiccion de marina por el juzgado de la Direccion general, por los tribunales del departamento y apostaderos, por los comandantes de las provincias marítimas y sus asesores, y por los ayudantes y subdelegados de distrito con arreglo á las facultades que les conceden los artículos 4, 19, 32 y 35 del título 1, el título 5 y el 6 de la Real ordenanza de matrículas de 2 de enero de 1802; y en cuanto à los ayudantes, con sujecion tambien á la Real òrden de 10 de junio de 1832 declarativa de que la jurisdiccion de estos solo se estiende á conocer en juicio verbal de demandas menores de 500 reales.

4690 El fuero de artillería está sujeto à las mismas reglas que los anteriores, y pertenece su conocimiento à los juzgados especiales del arma.

4691 El cuerpo de ingenieros goza tambien de los mismos privilegios, y el conocimiento compete à los respectivos juzgados de distrito, tanto en lo civil como en lo criminal.

4692 Los embajadores, cónsules y estranjeros transeuntes gozan tambien de fuero, los primeros en lo civil y criminal, y los últimos solo en cuanto á lo civil, porque respecto á lo criminal estàn sujetos á la jurisdiccion ordinaria. (Ley 8, tit. 36, lib. 12, Novis. Recop.)

4693 Los criados de los embajadores que cometen algun delito ó esceso pueden ser arrestados por cualquiera autoridad ordinaria, pero dando cuenta sin dilacion al embajador ministro. Si el delito aparece leve, se le entregará lo mas pronto posible á su amo para que le corrija, advirtiéndole que si reincide se le castigará conforme á derecho; pero si el delito es grave, será juzgado por el juez de primera instancia,

quien dará parte al embajador de la prision y del delito cometido.

4694 Se cuenta tambien entre los fueros privilegiados el de comercio, que se estiende únicamente à los asuntos procedentes de obligaciones ó á cualquiera clase de negociacion mercantil, correspondiendo el conocimiento á los jueces de comercio, ó á los ordinarios en sus casos, guardando los tràmites prescritos en la ley de 24 de julio de 1830.

4695 Toda persona por negocios de la especie propuesta deberá ser demandada en el consulado, á pesar de que no goce de las prerogativas de los comerciantes matriculados. (Articulos 1199, 1200 y 1201 del Còdigo de Comercio.)

4696 Los estranjeros que se ocupen en negociaciones mercantiles deberàn ser emplazados ó emplazar en los tribunales de comercio, en razon à que en el hecho de negociar se sujetan á sus consecuencias; pero si no hubiesen obtenido carta de naturaleza en España, solo podrán comerciar con arreglo á los tratados ecsistentes de nacion á nacion; y si ningunos hubiese, se les concederán los mismos derechos que en su pais se concedan á los españoles.

4697 La jurisdicion de comercio no es prorogable á personas y cosas agenas de ella, ni aun por el consentimiento espreso de las partes. (Art. 1203 del Código de Comercio.)

4698 Cuando la muger de un comerciante estuviese autorizada en debida forma y jirase con el capital comun de la sociedad de gananciales, usando de la accion de tercería dotal, en la sustanciacion de esta conocerán los tribunales de comercio en la forma prescrita por la ley de enjuiciamiento.

4699 Cuando la dote no estuviese registrada, segun previene el Código de Comercio, en el libro que con este destino se lleva en las intendencias, ni comerciase con autorizacion de su marido, deberá conocer de la tercería el juez de primera instancia competente.

4700 Los juzgados especiales privativos de minas conocen de los asuntos contenciosos del ramo. (Real òrden de 9 de junio de 1837.)

4701 Gozan tambien del fuero privilegiado de hacienda todos los empleados del ramo, cualquiera que sea su destino, pero solo en aquellos asuntos civiles ó criminales procedentes de sus cargos ú oficios; mas en los comunes estan sujetos á la jurisdiccion ordinaria. (Ley 6, tit. 9, libro 6, Novís. Recop.)

4702 Los empleados de la fàbrica de tabacos de Sevilla, à pesar de ser dependientes del ramo de hacienda, gozan del fuero especial de no poder ser demandados, tanto en los asuntos civiles como en los criminales, sino ante el superintendente de la misma fábrica. (Real órden de 27 de octubre de 1817.)

4703 Tambien los administradores de loterías en cuanto á los asuntos correspondientes á sus destinos gozan del fuero de hacienda. (Real òrden de 29 de octubre de 1814.)

4704 Los jueces competentes para conocer en los asuntos y con las personas que gozan del fuero de hacienda son los subdelegados de cada provincia.

4705 En los asuntos que versen sobre cobranza de descubiertos à favor de la Hacienda pública no pueden conocer sus tribunales, y si

los jueces de primera instancia desde luego que pasen á la esfera de contenciosos. (Reales órdenes de 17 de julio y 9 de diciembre de 1836.)

4706 Mas pertenece à los juzgados de hacienda entender,

1.º En las causas de contrabando.

2.º En las de defraudacion, bien sea en el pago de las rentas, bien en el de las contribuciones.

3.º En la de resistencia á mano armada, ó con otra violencia, contra las autoridades, funcionarios públicos ó cualesquiera otras personas que obren à virtud de mandato de las mismas contra los contrabandistas.

4.º En las de falsificacion de las marcas y sellos ó signos de cualquiera especie de las oficinas de rentas, si se hiciese con objeto de ejecutar ó encubrir los delitos de contrabando ó defraudacion.

5.º De las formadas sobre omisiones de las autoridades ò cualesquiera otros empleados de hacienda. (Art. 1 de la ley de 3 de mayo de 1830.)

4707 Las causas criminales seguidas en los juzgados de la Hacienda pública deben elevarse en consulta á las audiencias respectivas.

SECCION IV.

De la escepcion de incompetencia.

4708 Las personas que gozando cualquiera de los fueros privilegiados son demandadas en otro tribunal, pueden valerse para oponerse à la demanda, ó bien de la escepcion de incompetencia, ó bien acudir á su juez para que las ampare, sosteniendo al mismo tiempo su jurisdiccion.

4709 Esta escepcion, como todas las dilatorias, debe oponerse en el término de nueve dias contados desde el siguiente al de la notificacion de la demanda.

4710 Como interesa á la causa pública que cada una de las autoridades se sostenga en el ejercicio de sus legítimas atribuciones, del escrito en que se oponga là escepcion de incompetencia se conferirà traslado al promotor fiscal del juzgado para que esponga su dictámen; asi como tambien à la parte demandante para que alegue lo que estime arreglado á derecho.

4711 Durante las actuaciones relativas à la escepcion alegada por el demandado, permanecerán en suspenso los procedimientos referentes á la causa principal hasta tanto que se resuelva sobre aquella.

4712 Evacuados los traslados que deben conferirse con arreglo á derecho, el juez resolverá declarándose competente ò incompetente.

|| Parece un contraprincipio que siendo interesados los jueces, hayan ellos mismos de resolver sobre la incompetencia; pero se funda esta doctrina en que el interés no es personal. ||

4713 Si se declarase incompetente, nada podrá resolver acerca del asunto principal; se inhibe del conocimiento, y si el asunto es criminal, al momento remite los autos al juez competente; pero si fuere civil, solo cuando la parte actora lo pida.

SECCION V.

De las competencias y del modo de sustanciarlas.

4714 Cuando el demandado no quiera por sí mismo oponer la escepcion de incompetencia, puede acudir á su juez para que este forme competencia à aquel por ante quien se le demanda, y oyendo al promotor fiscal, si estimase fundada la pretension, deberá salir á la defensa de su jurisdiccion.

4715 La competencia puede suscitarse,

1.º Entre dos jueces de primera instancia ò alcaldes del territorio de una misma audiencia ó de diversas.

2.º Entre un juez de primera instancia y un alcalde de su partido ó de otro, y en este caso pertenecientes ambos à una misma audiencia.

3.º Entre un juez de primera instancia ò un alcalde y un juez especial, ó de aquellos de cuyas providencias se acude en apelacion à la audiencia, ó de los que se apela á un tribunal especial.

4.º Entre un alcalde ò juez de primera instancia y un juez especial, ambos del territorio de una misma audiencia ó de diversas.

5.º Entre un juez de primera instancia y su audiencia ú otra.

6.º Entre jueces especiales sujetos á la audiencia, ó de los que penden de distintos tribunales especiales.

7.º Entre dos audiencias.

8.º Entre una audiencia y el tribunal supremo.

9.º Entre este y una autoridad gubernativa.

4716 En caso de no avenirse los jueces entre quienes se suscita competencia, acudirán ante el tribunal superior inmediato que lo sea de los dos; pero si no lo tuviesen comun, cada uno se dirijirá al suyo, y si estos creyesen fundada la competencia, remitiràn los autos al supremo Tribunal de justicia.

4717 Pertenece por lo mismo á las audiencias resolver las competencias suscitadas entre jueces de una misma línea de jurisdiccion pertenecientes à su territorio, y las de los jueces especiales de cuyas providencias conocen en apelacion, toda vez que sean ambos de su distrito. ò aunque sean uno ordinario y otro especial, si concurre esta circunstancia.

4718 Corresponde al Tribunal supremo de justicia la decision de las competencias suscitadas entre jueces ordinarios de diversas audiencias, ó especiales cuyas apelaciones no se elevan á la audiencia, ò de estas entre sí mismas. Si los jueces especiales tienen un superior comun, à este toca la resolucion. (Ley de 19 de abril de 1813.)

4719 Las competencias que se ofrecieren en Ultramar entre los juzgados especiales de distintos territorios, ó entre los jueces ordinarios de territorios diferentes, serán decididas por la audiencia mas cercana à la provincia del que las promoviere. (Art. 10 de la ley de 19 de octubre de 1813.

4720 Cuando el juez, ó bien porque la parte lo solicite, ó porque tenga noticia del asunto, entendiese que debe reclamar su conocimiento

como propio de su jurisdiccion, debe pasar un oficio al otro solicitando que se inhiba del conocimiento, manifestándole al mismo tiempo las razones en que apoya su gestion, y previniéndole que si no se avinieren, tenga desde luego por formada la competencia.

4721 El juez que conoce del pleito ó causa debe pasar á su promotor fiscal la comunicacion del otro con los antecedentes para que esponga su dictámen, y en su vista contestará, ó manifestando que se inhibe del conocimiento, ó que no cede, y á la par esponiendo las razones que cree apoyan su negativa, y aceptando la competencia.

4722 El juez promotor de la competencia oirá de nuevo al fiscal, à quien pasará la contestacion, y si estima arreglado à derecho no ceder, despacharà nuevo oficio al compañero anunciándole que en el correo inmediato remite los antecedentes al tribunal superior à quien compete dirimir la contienda, y que remita por su parte los suyos.

4723 En tal estado uno y otro juez tienen que remitir los autos á sus superiores, acompañando una esposicion en la que referirán las causas en que respectivamente se han apoyado.

4724 El tribunal superior pasa los antecedentes al fiscal, y espuesto por este su dictámen, resuelve lo que estima justo, cuidando de que la resolucion recaiga en término de ocho dias.

4725 Los jueces que maliciosamente promueven competencias en las causas criminales, incurren en la pena del artículo 7 de la ley de responsabilidad de 24 de marzo de 1813; pero apenas se aplica en la práctica.

SECCION VI.

De la recusacion.

4726 Como los jueces pueden por causas naturales ò por otras especiales á que ellos mismos den ocasion ser sospechosos de parcialidad, se permite al que tema ser perjudicado que pueda recusar al juez.

4727 La recusacion podrà consistir en que se pida que el juez cese en el conocimiento del pleito ó causa, ó que se acompañe con otro que pueda ejercer las funciones judiciales.

4728 En el primer caso el recusante tiene que alegar y probar justa causa de recusacion.

4729 Esta, siendo en primera instancia, tiene que usarse dentro del término concedido para proponer las escepciones dilatorias, es decir, dentro de los nueve dias siguientes á la contestacion de la demanda. La práctica no obstante admite esta escepcion hasta la conclusion para definitiva, fundada en una poderosa razon, consistente en que tal vez no hubiesen llegado á noticia del demandado las causas ocasionales de la recusacion hasta un estado avanzado del pleito, y seria injusto obligar al litigante á pasar por los perjuicios que pudiera ocasionarle un juez parcial.

4730 En los tribunales de comercio es necesario en la recusacion alegar y probar causa, pues no siendo asi, no se admite. (Art. 100 de la ley de 24 de julio de 1830.)

4731 La única prueba que en la recusacion se ecsige, si es de juez

inferior, consiste en el juramento que ha de hacer el recusante de que tiene justo motivo para recusar.

4732 Los procuradores no pueden recusar sin poder especial, ya porque la recusacion forma una causa de gravedad por la injuria que hace al juez, como porque ocasiona retrasos, nuevos gastos, y si es en tribunal superior, se espone á que recaiga una pena que no seria justo pagase el litigante que no autorizó á su procurador para recusar.

4733 Pueden ser causas legitimas de recusacion de jueces inferiores,

1.ª El parentesco del juez con un litigante.

2.ª El haber sido abogado en el pleito, ó dado su dictámen en consulta.

3.ª El interés propio.

4.ª El tener pleito pendiente con el juez.

5.ª Por haber sido castigado el juez en virtud de queja del recusante.

6.ª Por tener interpuesta apelacion de sentencia dada por el mismo juez.

7.ª El haber recibido regalos ó premios de la parte contraria.

8.ª La enemistad capital.

4734 En los asuntos mercantiles se conocen estas mismas causas de recusacion (art. 97 de la ley de enjuiciamiento), y ademas la de ecsistir sociedad de comercio entre el juez y litigante, aunque sea de la accidental en cuenta ó particion, pero no la anònima: tambien la de dependencia del juez del litigante en clase de factor, ó bajo cualquier dependencia que le valga sueldo ò intereses, y por último la de haber el juez recibido beneficios de importancia del litigante para sí ò su familia capaces de empeñar su gratitud, son causas de recusacion.

4735 Interpuesta la apelacion en la forma legal, el juez debe nombrarse un acompañado dándose por recusado, debiendo ser aquel en los juicios civiles un hombre de buena fé (ley 22, tit. 4, Part. 3), y en lo criminal el alcalde del pueblo.

4736 La práctica mas uniforme es la de nombrar el juez recusado à otro de primera instancia de un partido inmediato, ó á un abogado de su demarcacion judicial.

4737 El acompañado, si no está ejerciendo jurisdiccion, debe prestar el juramento de cumplir bien y fielmente su encargo; pero si fuese juez, no necesita jurar.

4738 Las providencias sucesivas se darán reunidas, firmándolas el juez y el acompañado si fuesen conformes.

4739 Si hubiese divergencia de opiniones entre el juez y el acompañado, cada uno consigna la suya en autos, y si alguna parte lo pide, se remiten los autos à la audiencia para la resolucion; pero si no se hiciere esta solicitud, se ejecutará lo mas ventajoso al reo, porque en las dudas siempre debe estarse por la absolucion, salvo en los juicios sobre dote, testamentos, alimentos y otros de la misma especie.

4740 El medio mas justo y que se practica es el de nombrar el juez y el acompañado un tercero para que decida entre uno de los dos dictámenes. (Leyes 17 y 18, tit. 22, Part. 3.)

4741 Si el acompañamiento tuviese lugar en causas criminales y tambien hubiese discordia, valdrá la providencia mas favorable al reo, bien sea uno solo el acompañado, ó bien sean muchos y entre ellos resultase empate.

4742 Las recusaciones que se hagan de ministros de los tribunales superiores necesitan formalizarse espresando causa suficiente que las justifique, y se han de probar dentro del término que al efecto señalarán los demas ministros de la sala. (Leyes 3 y 4, tit. 2, lib. 11, Novis. Recop.)

|| No hallamos que pueda justificarse esta doctrina si se compara con la establecida respecto á los jueces inferiores, porque si maliciosa puede ser la recusacion del ministro, maliciosa puede ser la del juez: si respetable es la autoridad del primero, tambien lo es la del segundo; y, en fin, si no debe dejarse al capricho de un litigante que injurie á un ministro, no hay razon que enseñe que se agravie impunemente á un juez. Lo que debiera hacerse era nivelar las penas en proporcion á las autoridades. ||

4743 Recusado un ministro, los demas deben entrar á ecsaminar la certeza y suficiencia de la causa alegada; pero no por esto se paraliza el curso del asunto principal.

4744 Si acordasen que la causa es bastante, recibirán el incidente de recusacion à prueba, señalando un término que no puede pasar de cuarenta dias.

4745 Pero si no estimasen suficiente la causa alegada, condenarán desde luego al recusante en la pena de seis mil maravedís. (Ley 7, título 2, lib. 11 Novis. Recop)

4746 Cuando el recusante no probase en el término que se le concede la causa de la recusacion en bastante forma, se le condena, si fue del regente, en ciento veinte mil maravedís, y si de otro cualquiera ministro, en sesenta mil. (Dicha ley 7.)

4747 Los ministros de los tribunales superiores pueden ser recusados en cualquiera estado del pleito, siempre que se haga la recusacion quince dias antes del señalado para votar. (Leyes 19 y 26, tít. 2, libro 11, Novis. Recop.)

4748 Esto no obstante, aun dentro de los quince dias se admitirá la recusacion si es procedente de causa nacida dentro de ellos. (Dichas leyes.)

4749 La doctrina espuesta en los casos anteriores tiene lugar tambien para el de no votarse el pleito en el dia señalado.

4750 En los juicios sobre causas ó pleitos de comercio cabe la recusacion, tanto de los jueces ordinarios que de ellas conocen, como de los individuos de que se compone el consulado. A los primeros se les recusarà siguiendo las reglas establecidas para los asuntos comunes; pero en cuanto á los segundos, es preciso espresar causa con juramento de no hacerlo de malicia.

4751 Las justas causas de recusacion son las que dejamos espuestas anteriormente. (Art. 97 de la ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio.)

4752 Puede ponerse la recusacion en cualquiera estado del pleito antes de la conclusion para definitiva; pero si estuviera pendiente la

votacion sobre artículo que cause sentencia interlocutoria, no puede entablarse la recusacion despues de visto el pleito hasta despues de publicada la providencia. (Art. 98 de dicha ley.)

4753 Alegada la recusacion cesará de asistir el recusado, á quien reemplazará el cónsul sustituto á quien corresponda; y oido el letrado consultor, declarará el tribunal si es ó no suficiente la causa propuesta por el recusante.

4754 En los tribunales de comercio tiene que consultarse á los letrados consultores, aunque solo lo pida un juez, y aquellos deben dar por escrito su dictámen á pesar de que tengan que asistir personalmente al tribunal; pero los jueces no están obligados á seguir el dictámen del consultor, en cuyo caso eligen à otro. Cuando siguen al consultor en su dictámen, si es el primero, queda responsable à los resultados; pero si fuese un segundo, elegido por los jueces por no adherirse al parecer del primero, quedan responsables aquel y los jueces.

4755 Declarada suficiente la causa de recusacion, se suspende el curso del pleito, y se acuerda que el recusante la pruebe por los medios de derecho en el término preciso de diez dias.

4756 No siendo legal la causa en que se apoya la recusacion, se declarará no haber lugar á esta, é impondrá á su autor la multa de quinientos reales. (Art. 99 de dicha ley.)

4757 Del resultado de las pruebas se dará cuenta en audiencia secreta, componiéndose el tribunal de los mismos jueces que declararon haber lugar á la formacion de pieza separada, y se recibirá el incidente á prueba. Si por su resultado se declarase no estar acreditada la causa de la recusacion, se condenará al recusante en la multa de mil reales, y continuará el recusado entendiendo en el asunto principal. (Art. 101 de dicha ley.)

4758 La sentencia por la que se desestime la recusacion es apelable; y si se confirmase por la audiencia, se doblará la multa impuesta en primera instancia con condenacion en costas del recurso de apelacion.

4759 Si el juez recusado, despues que el tribunal declare que es bastante causa la propuesta, quisiese abstenerse del conocimiento ulterior, le es permitido, y entonces no se continuarán las diligencias relativas á la recusacion. (Art. 103 de dicha ley.)

4760 Los letrados consultores, lo mismo que los asesores de los tribunales ordinarios que en otro tiempo se conocian, pueden ser recusados sin espresion de causa ni otro requisito mas que el juramento de no proceder de malicia; y solo podrán serlo tres consultores en cada pleito. (Artículos 106 y 107 de dicha ley.)

SECCION VII.

De las escepciones relativas á la persona del actor.

4761 Entre las escepciones que hacen referencia à la persona del actor se cuenta la de legitimidad, bien sea para demandar, ó bien para presentarse en juicio; acerca de las cuales, y con especialidad sobre

las de esta última especie, hablamos ya al tratar de las personas que pueden intervenir en los juicios.

4762 Se estiman tambien como escepciones dilatorias relativas á la persona demandante, y se han de decidir incontinenti, las de fianzas ó seguridades que se piden por el demandado y son de dar en la causa; tales son la de asistir á juicio, pagar juzgado y sentenciado, la de no ofender, que tiene lugar cuando uno se queja de que otro le conminó; pues justificada aquella y que suele ponerlas en ejecucion, debe el juez compeler al que las hace á que afianze y asegure que no hará daño al querelloso, ni á su familia ni en sus bienes, por sí propio ni por medio de otro.

4763 Tambien puede ecsigirse al que comparece en juicio á nombre de otro sin poder ó sin que este sea bastante, ó como conjunto en los casos que prescribe el derecho, que afianze que su parte tendrá por firme y no reclamarà contra lo que se practique en el pleito.

4764 La fianza de indemnidad, que tambien puede pedirse en los juicios, es legítima escepcion dilatoria.

4765 Lo es tambien la fianza de *mudanza de condicion*, consistente en asegurar el deudor que va empobreciendo, que pagarà al tiempo estipulado para el pago.

4766 La llamada *muciana*, es decir, la que da el heredero al legatario à quien el testador legó una cosa á dia fijo ó bajo condicion, de que llegado aquel ó cumplida esta le entregará la cantidad legada.

SECCION VIII.

De las escepciones relativas al proceso.

4767 Son escepciones relativas à la causa ó proceso la *litispendencia*, consistente en que se conozca sobre una misma cosa ante diversos jueces, ó ante uno por diversas escribanías; la de oscuridad ó falta de cualquier otro requisito esencial de la demanda; la de pacto de no pedir; la de plus peticion en el tiempo, y la de falta de poder para litigar.

4768 La escepcion de litispendencia interesa á los litigantes para impedir que se divida la continencia de la causa y haya sobre una misma cosa dos sentencias, de modo que la dada en un juicio sirva de escepcion de cosa juzgada en el otro, y que no se dupliquen los gastos que son necesarios en los litigios.

4769 Tendrá lugar únicamente la litispendencia cuando el juez que principió à conocer del pleito ò causa sea competente y que el reo haya sido citado, ó se le haya declarado contumaz por no presentarse ó estorbar que se le haga la notificacion, porque la rebeldía no debe servirle de título para ser de mejor condicion que el citado.

4770 La acumulacion de autos debe hacerse sin duda por cualquiera de las tres causas siguientes:

1.ª Porque la cosa juzgada produzca escepcion de tal sobre lo que se litiga, puesto que de ventilarse ante dos jueces y en diferentes procesos, se determinaria en distintos tiempos, y la sentencia dada por uno podria oponerse como escepcion al otro.

2.ª Por litispendencia, ó por razon de pleito pendiente sobre dominio ò cuasi-dominio de la cosa litigiosa, no debiendo continuar un juez habiéndolo prevenido otro. Esta misma doctrina tiene lugar cuando el deudor forma concurso voluntario, pues que entonces deben acumularse todos los autos que penden contra él en otros juzgados ó escribanías, sean anteriores ó posteriores á la formalizacion del concurso, cualquiera que sea el estado del juicio. El mismo derecho para pedir la acumulacion de autos tienen los acreedores que han concurrido al concurso, ó el defensor, aunque haya transcurrido el término, para oponer las escepciones dilatorias.

3.ª Para que no se divida la continencia de la causa; lo que ocurrirá en diferentes casos, como cuando concurre la identidad de persona, juicio y cosa, es decir, cuando son unos mismos los litigantes, una misma la cosa que se pide, y una misma la accion, ó aunque la accion sea diversa, son unos mismos los litigantes y la cosa litigiosa.

4771 Siendo distintas las personas y las cosas, con tal que las acciones procedan de una misma causa, tiene lugar la misma escepcion; como sucede con la accion de tutela por la que se procede á un mismo tiempo contra muchos tutores, ó siempre que los acreedores litigan contra un mismo deudor, sea por cantidad y obligacion á favor de todos ó por la cosa en que son partícipes, ó cada uno por su crédito particular.

4772 Tambien habrà lugar à la escepcion de la continencia de la causa siempre que sean unas mismas la accion y la cosa, pero distintas las personas; como v. g., el juicio de deslinde y amojonamiento de tierras y términos, aunque en ellas haya edificios ó árboles; el de division de herencia, y el de particion de cosas de comuneros.

4773 No obstante las ventajas que por regla general nacen de la acumulacion de autos ó procesos, por la que se impide que la continencia de la causa se divida, no habrá lugar á aquella,

1.º Cuando la parte no lo pide ni opone la escepcion que la compete; porque como asunto civil y procedimiento que no toca en la esencia del juicio, al juez no incumbe hacerla de oficio.

2.º Cuando el actor y reo son de fuero absolutamente diverso, como un eclesiástico y un secular.

3.º Cuando el reo demandado ante el primer juez ha perdido el derecho de escepcion por la contumacia, à menos que ofrezca satisfacer las costas, y pida ante el mismo juez la continuacion del juicio.

4.º Cuando los procesos penden en diversas instancias.

5.º Por razon de contrato jurado.

4774 Decidiéndose legítima la escepcion de litispendencia, deben los escribanos que hayan de cesar en la intervencion de los autos remitirlos íntegros y originales al que corresponda; pero si no hubiese lugar á la union de procesos, no está obligado el escribano ni debe hacer entrega de ellos, aunque entienda en todos, à las partes, y sí solo facilitarlas testimonios con mandato judicial en lo que fueren de dar. (Ley 18, tit. 15, lib. 7 Novis. Recop.)

4775 Para decidir el juez si há ó no lugar à la acumulacion de procesos, debe mandar que cada uno de los escribanos ante quienes penden vengan á hacer relacion de lo que de ello resulte.

4776 Durante la sustanciacion de la escepcion de continencia de la causa hasta su declaracion de cosa juzgada y que esté ejecutada la providencia, nada se debe hacer en el negocio principal, por ser un artículo dilato rio.

SECCION IX.

De las escepciones perentorias.

4777 Se llaman escepciones perentorias todas aquellas que acaban con el derecho del actor, y que cuando quiera que le use puedan oponerse.

4778 Las principales entre estas son:

1.ª La prescripcion.
2.ª La solucion ó paga.
3.ª El juramento de no pedir perpétuamente.
4.ª La simulacion de contrato.
5.ª La de dolo que dá causa al contrato.
6.ª La de miedo grave, ocasional de la obligacion.
7.ª La de transaccion.
8.ª La de pleito acabado.
9.ª La de cosa juzgada.

4779 Es regla general que las escepciones perentorias no se deciden hasta la sentencia definitiva, dictada sobre el negocio principal.

4780 Cuando versen sobre puntos de derecho deben decidirse inmediatamente, lo uno porque para decidir las dudas de esta clase no se requiere órden judicial; y lo otro porque para los pleitos que consisten en mero derecho no conceden término las leyes, puesto que no se necesita justificacion, y el derecho está escrito en la ley.

4781 Las escepciones llamadas emergentes ó incidentes deben decidirse antes de pasar adelante en el proceso; v. g., si se refieren à que se conceda ó no mas término, à si se han de recibir ó no declaraciones à los testigos antes del estado de prueba.

SECCION X.

Del término para alegar escepciones.

4782 Las escepciones dilatorias deben proponerse dentro del término de nueve dias, que principian á correr desde el siguiente al último del emplazamiento. (Ley 1, tit. 7, lib. 11, Novis. Recop.)

4783 Si en este plazo no se propusiesen, se entiende renunciada la escepcion, y por lo mismo se debe continuar el pleito como si no hubiese motivo para proponerla.

4784 Cuando el reo estuviese fuera de la demarcacion judicial del juez ante quien se demanda, los nueve dias que se le conceden deben contarse desde el últimó del postrer término, concedido en el despacho de emplazamiento.

4785 Para probar las escepciones dilatorias no se concede mas término que el de los nueve dias para alegarlas.

4786 Para alegar las escepciones perentorias, de cualquier especie

que sean, se conceden veinte dias, que empiezan á contarse luego que concluyen los nueve en que se han de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleito.

4787 La negativa de audiencia para oponer escepciones perentorias de una manera absoluta pasado el término de los veinte dias, contradice à la ley recopilada que manda averiguar la verdad por todos los medios posibles y justos; y por esta razon se mandó que el juez admitiese las escepciones perentorias en cualquiera tiempo y estado del proceso, siempre que el demandado jurase no haber llegado hasta entonces á su noticia.

4788 En este caso el juez señalará un término al reo para probar las escepciones propuestas; y si no lo hiciese dentro de este, se le condenará en las costas, daños y perjuicios. (Ley 1, dichos título y libro.)

4789 Si se hubiesen opuesto alguna ó algunas escepciones dentro del término competente, no se podrá alegar otra nueva despues de hecha la publicacion de probanzas, á no ser que pueda acreditarse por escritura pública ó confesion de la parte contraria.

4790 Esta prohibicion no es estensiva á los que gozan restitucion *in integrum*, porque en virtud de esta pueden proponer y probar escepciones nuevas en primera instancia, con tal que sea antes de la conclusion para la definitiva; pero solo gozan de este privilegio por una vez: en otro caso no se les concederà oponer estas escepciones, si primero no se obligan á pagar la pena que el juez les impusiese en caso de no justificarlas.

TITULO LXVIII.

De la contestacion á la demanda.

4791 Conferido traslado al demandado de la demanda interpuesta, se le entregan el escrito y documentos que se presenten, ya para legitimar la persona ò la representacion del que la interponga, ya tambien para justificar el derecho que se reclama.

4792 La contestacion, ó mas bièn la citacion y comunicacion de los autos para contestar, es tan esencial en los juicios de todas clases, que su omision produce la nulidad de cuanto se actúe; porque proponiéndose la ley no condenar á persona alguna sin oirla, es claro que se faltaria á este principio de eterna justicia omitiendo la citacion.

4793 Puede contestarse á la demanda afirmativa ó negativamente; y en uno y otro caso puede hacerse tácita ó espresamente. (Leyes 1, tít. 10, part. 3, y 1, tít. 6, lib. 11 Novis. Recop.)

4794 La contestacion tácita afirmativa tendrà lugar cuando comunicada al reo la demanda, éste se presente en el juzgado y consigne la cantidad ò cosa que se le pide, en cuyo caso el juez la mandará entregar al demandante, y quedará terminado el procedimiento.

4795 Cuando el reo contesta lisa y llanamente á la peticion del actor confesando ser cierta la deuda ó cualquiera otro derecho que reclame, se dice contestacion afirmativa espresa.

4796 Generalmente convienen los autores en que en este caso el juez debe condenar al deudor confesante al pago ó cumplimiento de la obligacion, cualquiera que ella sea; pero á nuestro modo de ver es necesario que antes de dictar el juez el fallo condenatorio que procede con arreglo á las leyes, deba llamar al demandado para que bajo juramento se ratifique en el contenido del escrito de contestacion, porque no siendo asi no hay una confesion judicial propiamente tal, puesto que falta el juramento, que es uno de los requisitos esenciales; y aunque quisiera decirse que este resulta de la cláusula general que se pone en los escritos, *jurando lo necesario*, ni esto pasaria de una presuncion, ni este juramento es el que la ley ecsije en la confesion. Si la contestacion se evacua por medio de procurador, con doble razon debe ecsijirse la declaracion de la parte. (Ley 7, tít. 10, Part. 3.)

‖ El señor conde de la Cañada haciéndose cargo de la doctrina de esta ley, dice: «Es de observar por el testo de las enunciadas leyes que el deudor puede hacer la conocencia (confesion) de su obligacion á favor del acreedor en dos tiempos y maneras; la primera cuando el acreedor la pidiere ante juez competente como preliminar à su demanda, y antes de formalizarla; y en este caso producirá un precepto ó

mandamiento de pago, que sin ser sentencia verdaderamente definitiva obra los mismos efectos, y la debe cumplir en el término que le señale el juez, sin dar lugar á pleito ni demanda: la segunda cuando responde á las posiciones del actor despues de contestada la demanda ó en el mismo acto de la contestacion; y entonces procede el juez á dar sentencia definitiva estando el pleito concluso.»

«La razon de diferencia en el modo de concebir su mandamiento el juez, aunque no la haya en el efecto de la ejecucion, consiste en que sin demanda y contestacion no puede tener lugar la sentencia definitiva, y se suple con el precepto de pagar, que tiene en este caso la misma fuerza por efecto de la confesion, que es la prueba mas constante y segura, como si se hiciere con buenos testigos ó por cartas verdaderas, y asi produce ejecucion.»

«Y por último; con la confesion del deudor se halla probada la verdad del hecho, y por ella se debe juzgar de buena fe. De la sentencia ò mandamiento que diere el juez por efecto de la confesion que hiciere el deudor en los términos y con la diferencia indicada, no hay apelacion: porque si este remedio, faltando las causas indicadas, se tomase por pretesto para dilatar los pleitos en grave daño de los interesados y del público, seria perjudicialísimo, siendo de otra parte tan recomendable cuando se usa de él en propia defensa para reparar los agravios que hacen á las partes los jueces por malicia ò por ignorancia, enmendándose á veces los mismos alegando y probando en las ulteriores instancias lo que omitieron en la primera.»

SECCION I.

De los requisitos sustanciales de la contestacion.

4797 El reo al contestar à la demanda debe presentar escrito en el que clara y esplícitamente manifieste si está ó no conforme con la pretension del actor, alegando en caso negativo las escepciones que tuviese que favorezcan su defensa.

4798 Los nueve dias que la ley concede para contestar à la demanda se cuentan desde el siguiente á la notificacion, y se cuentan en ellos los feriados, si los hubiere. Si el pleito versa sobre alcabalas, tiene que contestarse dentro de tres dias precisos y perentorios, contados desde la notificacion de la demanda. (Ley 5, tít. 7, lib. 9, Novís. Recop.)

4799 Para evitar que los litigantes maliciosos intenten dilatar los pleitos y lo consigan no recogiendo los autos á pesar de ser notificados, pretendiendo que el término de contestar no se cuente sino desde que los reciben; se contarán los dias desde el siguiente al de la notificacion, de suerte que pueda acusar la rebeldia, y pueda mandarse apremiar por el juez al litigante luego que pase el término, contado en esta forma, no obstante que haya tomado los autos el dia anterior, ó que no los haya tomado.

4800 El término que la ley señala para contestar á la demanda es preciso y perentorio; y los jueces, bajo su mas estrecha responsabilidad, no pueden nunca prorogarlo sino por justa causa que el interesado *esponga* y por el tiempo absolutamente necesario, no pudiendo esceder

la prórroga del término señalado por la ley. (Art. 48 del reglamento provisional.)

4801 La decision de si es ó no justa la causa que la parte alegue para pedir la prórroga, la deja la ley al arbitrio del juez; asi como tambien considera suficiente que se esponga, sin necesidad de que se pruebe. Por esta razon, como el juicio respecto à la justicia y certeza de la causa es de buena fe y sin escrito, cuando á los jueces conste estrajudicialmente la falsedad de la causa, no accederán à la prórroga.

4802 Si el demandado no recoge los autos, ó recogidos no contesta dentro del término legal, acusada la rebeldía, única que la ley permite, se le declara contumaz y se le tiene por confeso. (Ley 3, tit. 6, lib. 11, Novís. Recop.)

4803 El efecto de esta confesion, que solo es presunta, consiste en impedir que el demandado pueda proponer escepciones dilatorias, cualquiera que sea la contestacion que dé en el escrito al volver los autos en virtud del apremio.

4804 Se sienta tambien como un principio en esta materia que la confesion tácita produce una especie de prueba que necesita rebatir el demandado concluyentemente, fundàndose en que en este caso procede por via de escepcion contra su propia confesion presunta, y por lo mismo està obligado á probar todo lo que proponga, puesto que el demandante tiene probado por la presuncion de la ley. Pero en nuestra opinion la contumacia nada prueba sino una desobediencia à la providencia judicial; y por tanto creemos que si el actor no probase suficientemente su demanda, aunque el reo fuese rebelde, deberá ser absuelto este, porque por mas que quiera presumirse de la voluntad del contumaz, nunca podrá asegurarse que confiesa la certeza de la deuda. En una palabra, en todo juicio en que haya contumacia el órden y la necesidad de las pruebas será siempre el mismo.

4805 Segun la práctica de los tribunales, fundada en que en los negocios civiles el juez nada puede hacer de oficio, es preciso para declarar la contumacia que la parte lo pida acusando la rebeldía. Pero si el demandado muriese antes de contestar á la demanda, aunque transcurrido el término, no pueden ser sus herederos declarados contumaces, en razon á que á estos no se transmiten los hechos puramente personales ni sus penas.

SECCION II.

De los efectos de la contestacion á la demanda.

4806 Los efectos de la contestacion á la demanda son los siguientes:

1.º Que una vez hecha no puede arrepentirse el demandante de cuanto en ella hubiese espuesto, aunque sí podrá confesar la certeza de la deuda.

2.º Que se obliga à proseguir el pleito hasta el fallo definitivo.

3.º Que tanto el demandante como el demandado quedan ligados de tal modo, que ni el primero puede mudar la accion sin consentimiento del demandado, ni este las escepciones sin el del demante; porque la contestacion produce un cuasi-contrato mútuo entre los litigantes.

4.° Que no puede alegarse la escepcion de incompetencia de fuero, porque en el hecho de contestar se entiende prorogada la jurisdiccion y el demandado sometido voluntariamente al juez incompetente.

5.° Que no pueden proponerse escepciones dilatorias de ninguna especie, porque se presumen renunciadas.

6.° Que interrumpe la prescripcion, aunque el juez sea un árbitro.

7.° Que constituye en mora y perceptor de mala fé al poseedor en cuanto á los frutos de la cosa litigiosa; y de aqui nace que en la sentencia definitiva se hace condenacion en frutos desde la contestacion.

8.° Que se perpetúa la accion personal por cuarenta años.

9.° Que cuando se contesta por medio de procurador éste queda responsable á las resultas del juicio, y hasta que la sentencia se declare pasada en autoridad de cosa juzgada con él se han de entender todas las diligencias y actuaciones, y no con el poderdante; pero cuando haya de ejecutarse la sentencia, se entenderán con este, á menos que á ello se estienda el poder ó le confiera otro nuevo.

10. Que una vez contestada la demanda, aunque fallezca uno de los litigantes, puede el procurador que la contestó continuarla hasta su decision, no obstante que los herederos no le ratifiquen el poder, con tal de que no elijan nuevo procurador ó le revoquen espresa ò tácitamente.

TITULO LXIX.

De la compensacion.

4807 La compensacion es una de las escepciones perentorias que el demandado puede oponer contra la accion formalizada por el demandante.

4808 Es aquella una mútua paga de créditos y débitos entre sí: y se distingue con diversas calificaciones que emanan del modo de hacerse la compensacion.

4809 Se llama voluntaria la que hacen por sí y de su voluntad los interesados, y que por consiguiente es admisible y eficaz, aunque no tenga todo los requisitos que las leyes ecsigen para que haya lugar à ella, porque cada uno puede obligarse de la manera que estime oportuna.

4810 Otra clase de compensacion se dice necesaria porque es producto de la determinacion del juez, que contra la voluntad de las partes hace que se lleve á efecto la contribucion ò descuento de créditos y débitos en los casos permitidos por la ley.

4811 Llaman tambien compensacion impropia à la que nace de la consolidacion ó confusion de crédito y débito en virtud de última voluntad en que se instituye por heredero al acreedor. Esta union de deuda y crédito no es compensacion en modo alguno, porque desde el momento que uno es heredero de un deudor deja de ser acreedor, y no ecsisten crédito ni deuda, porque nadie puede deberse á sí mismo.

4812 Divídese tambien en estrínseca é intrínseca, siendo la primera la que se deduce de causa separada del crédito del actor, y la segunda aquella que nace de la misma fuente, hecho y causa de donde se toma la peticion del actor.

SECCION I.

De los requisitos necesarios para que tenga lugar la compensacion.

4813 Para que se estime y admita la compensacion tienen que concurrir los siguientes requisitos:

1.º Que sea una misma la materia que se deba por cada una de las partes.

2.º Que consista en cosas que se cuenten, pesen ó midan; porque si el que pide es acreedor de cantidad, y el demandado lo fuere de alguna especie, como trigo, cebada ú otra cualquiera, no será admisible la proposicion de pagar en estas materias, porque la com-

pensacion no debe contrariar á las reglas establecidas sobre la paga.

4814 No obstante que concurran unidas las dos circunstancias de materia y calidad, no habrá lugar á la compensacion si el valor respectivo de las especies fuese notablemente diverso ó no fuese cierto; á menos que se probase dentro de diez dias, porque en este caso se compensaria habida proporcion y regulacion de precios.

3.° Que el crédito y débito concurran en una misma persona y por su propia representacion, de modo que uno y otro acreedores sean deudores à la vez entre sí mismos; porque si uno de los créditos fuese de un tercero, no se admite la compensacion propuesta por el que es deudor por sí mismo, ni puede obligarse á este à que contra su voluntad compense lo que debe á otro mas que á su deudor.

4815 Se infiere de este principio que el tutor que se presenta en juicio pidiendo en nombre de su pupilo, no está obligado ni puede admitir la compensacion de que use el deudor pretendiendo que se descuente de su deuda al pupilo el crédito que tiene contra el tutor.

4.° Es necesario que el crédito esté justificado y sea ademas líquido ó al menos se pueda liquidar en término de diez dias por cualquiera de los medios legales, porque la compensacion de lo ilíquido seria un acto incierto y arbitrario. (Ley 21, tit. 14, Part. 5.)

5.° Que el débito provenga de causa justa y legal con título legítimo, y no de donacion ú otro contrato igualmente gracioso; porque estos gozan de un beneficio que puede impedir que se mande pagar en el momento.

En el depósito està mandado por una razon especial que el depositario pueda pedir la compensacion de la cosa depositada por un crédito que tenga contra el deponente, porque seria poco decoroso que cuando este contrato es efecto de la confianza que inspira la persona del depositario, hubiera este de poder aprovecharse de la buena fé del deponente.

6.° Se necesita para que se compensen los créditos y los débitos la voluntad de los deudores, porque cada uno de ellos tiene la libertad de pagar aquello mismo que debe, pues de lo contrario podrian sentir graves perjuicios.

7.° Que el crédito del demandado sea procedente de una obligacion pura y no condicional ó á cierto plazo; porque como en la primera no se debe hasta que se cumpla la condicion, y en el segundo aunque se debe no se puede pedir, realmente no hay crédito hasta que se cumplan uno y otro estremo.

8.° Cuando el acreedor tiene diversos créditos contra un mismo deudor que opone la compensacion, es requisito necesario que se consulte al acreedor para que manifieste el crédito con el que quiere se haga la compensacion; á la manera que cuando el deudor tiene muchas acciones que proponer cómo compensables, elige la que mejor le acomoda, y sobre ella recae la compensacion.

9.° Que no se proponga sino una sola vez, porque no se admite compensacion de compensacion.

SECCION II.

De las personas que pueden alegar de compensacion.

4816 Solo podrán pedir la compensacion aquellas personas que pueden comparecer en juicio, toda vez que reunan la circunstancia de oponerse por un crédito propio.

4817 La compensacion es una escepcion que va unida á la cosa, es una escepcion real; y por lo mismo el heredero representante activo y pasivo del difunto tiene facultad de compensar con el acreedor de este cuando le demande que traiga su procedencia de contratos ú otras obligaciones celebradas con su antecesor, porque no responde por sí mismo ni pide en tal concepto.

4818 Si fuesen muchos los herederos, cabe entre ellos la compensacion de los créditos y débitos procedentes de la herencia comun; de modo que si, por ejemplo, uno es poseedor de la parte de la herencia que corresponde al otro, y este por el contrario posee la que es de aquel, cuando el uno quiera reivindicar su parte, puede el otro oponerle la escepcion de reivindicacion de la suya.

4819 Los coherederos no pueden pedir compensacion por deudas que su acreedor tenga á favor de uno de sus coherederos, porque no son una misma persona, aunque todos reunidos representan la del difunto.

4820 La misma doctrina que queda espuesta cuando un acreedor demanda á un heredero, tiene lugar cuando por el contrario el heredero demanda al deudor del difunto.

4821 Cuando el heredero admite la herencia à beneficio de inventario, no está obligado à pagar las deudas en mas de lo que monte el caudal; y por lo mismo no podrán compensarse sin su voluntad las deudas procedentes del testador ó antecesor con las suyas, bien sea que él reclame, bien sea él el demandado.

4822 Cuando los herederos sean muchos ó intenten cobrar créditos del testador, podrá el deudor eficazmente alegar y oponer la escepcion de compensacion á prorata de lo que cada uno de los instituidos tiene en la herencia; entendiéndose que si la deuda emanase de los mismos herederos, no es admisible la compensacion prorateable.

4823 Como á los fiadores competen las mismas escepciones que à los deudores principales, si son relativas á la causa de deber, cuando sean demandados por el acreedor sobre deudas ocasionales de la fianza, podrán los mencionados fiadores oponer la escepcion de compensacion, no solo por las deudas que á su favor tenga el acreedor demandante, sino por aquellas que tuviese en el del deudor por quien fiaba.

4824 No podrá el acreedor oponerse à la compensacion propuesta por el fiador á pretesto de que el crédito compensable es posterior á la fianza, ó á la condenacion del fiador ó deudor principal, ó sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ó que el deudor principal está legalmente impedido para usar la escepcion; porque tratándose por el fiador de evitar su daño, es claro que no debe perjudicarle el delito de aquel.

4825 Lo mismo sucederia si el principal obligado hubiera prometido al contraer que no usaria de las escepciones, porque no siendo especial la renuncia de la compensacion, no perjudica.

4826 Si el acreedor ejecuta al fiador simple antes de hacer escusion en los bienes del deudor principal, y el fiador tiene que liquidar cuentas con el mismo acreedor que resulta alcanzado, ha de oponer á este la escepcion de la escusion, y no la de compensacion; porque no estando liquidada y confesada la suma, requiere mas ecsámen y tiempo, y en el hecho de omitir la otra escepcion se constituye deudor principal.

4827 Cuando el crédito y débito dimanan de diversos contratos, pero tienen una causa comun é individua, cesa la doctrina sentada en el párrafo anterior; v. g. la sociedad, tutela y otra administracion de la que se pueden dar á ambos las acciones directa y contraria, en cuyo caso la escepcion de compensacion impide la ejecucion de lo líquido recibido hasta que se liquide la data ó descargo.

|| Por la razon que se ha espuesto en la seccion precedente se infiere con sobrado fundamento que cuando es demandado el procurador de negocios agenos, y opone la escepcion de compensacion por una deuda propia, no le debe ser admitida la oposicion porque falta la identidad de personas que á la vez sean deudores y acreedores; mas al contrario, si opusiese la compensacion por crédito de su principal, aunque para ello no se le dé poder especial espreso, se admitirá la escepcion, toda vez que afianzase que el poderdante tendrà por vàlida la compensacion y no pedirá à su deudor. (Ley 24, tit. 14, Part. 3.)

4828 La misma doctrina deberá seguirse cuando demandado cualquiera por una deuda propia, opone la escepcion de compensacion en virtud de crédito contra el demandante de su poderdante.

4829 Si se siguiese juicio contra un ausente convocado por los medios legales, pero que no se presentase, es permitido à cualquiera del pueblo oponer en nombre de aquel la compensacion, á la manera que es lícito defender á todos los que se encuentran en este caso.

4830 Respecto á la compensacion que puede oponerse à las demandas de un padre por los acreedores del hijo y deudores de aquel, se entenderà que se alegan eficazmente y tendrá que admitirlas el padre en los casos siguientes:

1.° Cuando concedió peculio al hijo y demanda el crédito del mismo hijo contraido con ocasion de aquel, pues si el hijo se halla deudor de su deudor, podrá oponer este à su padre no solo por lo que importe el peculio, sino por todo el débito; mas no asi cuando intentase la cobranza de un crédito propio, porque en este caso solo será admisible la compensacion hasta donde alcance à cubrir el peculio asignado. Esta diferencia nace de que cuando el padre pretende ecsigir el crédito que su hijo contrajo por razon del peculio, se presume lo aprueba, y respecto à usar de su derecho por solo el mismo contrato, es muy razonable y justo que por esta causa esté obligado à la compensacion *in solidum*; pero no, cuando usa de su derecho privativo y no por el que proviene de la convencion de su hijo.

2.° Cuando el padre aprueba el contrato del hijo, y se le opone la compensacion del débito de este dimanado del mismo contrato; porque

queriendo el antecedente, que es el contrato, debe querer todas las consecuencias.

3.º Siempre que el padre mande al hijo que contraiga con alguno, y de la obligacion resulta deudor este; si despues el acreedor fuese reconvenido por el padre como deudor por aquella causa, pedirá con justicia la compensacion de lo que el hijo le debe por el mismo concepto.

4.º Si al hijo hubiesen sido suministrados los alimentos necesarios por cualquiera persona no pudiendo hacerlo el padre, si esta demandase à aquel, goza de la escepcion de compensacion por las cantidades suministradas hasta descontar el importe total de estas: salvo si el hijo estuviese emancipado, porque entonces ninguna responsabilidad puede cargarse al padre civilmente.

5.º Si el hijo invierte dinero ó cosas agenas en utilidad del padre, que le habia dado facultad para contraer, cabe la compensacion en lo convertido en su utilidad; porque á la manera que el acreedor puede pedir contra aquel en cuya utilidad se convierte su crédito, claro es que tambien podrá compensar.

4831 En las demandas interpuestas por el hijo contra su deudor puede éste oponer la compensacion por lo que el padre le deba hasta el importe total del peculio; pero no respecto à lo que el hijo adquirió por su industria ó trabajo.

4832 Si el hijo es el demandado, no se le concede la compensacion de su deuda con el crédito de su padre, á menos que preste la caucion de *rato* de que el padre aprobará y no pedirà al deudor lo que le debe.

4833 A pesar de que las obligaciones conocen unos créditos líquidos y capaces de ser compensados en otras circunstancias, en el retracto no tiene lugar cuando un pariente que es acreedor de otro que vende una finca de patrimonio ó abolengo, quiere que la consignacion se tenga por hecha en su crédito; porque es condicion indispensable que el retrayente se identifique con el primer comprador en el modo y forma de hacer la compra.

SECCION III.

De los efectos de la compensacion.

4834 La compensacion es uno de los medios de estinguir las obligaciones, y es una escepcion perentoria: asi es que estingue la accion del acreedor tan luego como el deudor goza de otra accion contra el que à la par es su deudor y acreedor, y por tanto se dice que acaba las obligaciones *ipso jure.*

4835 Como consecuencia de lo anteriormente dicho, si cualquiera de los dos créditos compensables, bien por su naturaleza, ó bien por la convencion estuviera sujeto al pago de usuras, cesan estas en cuanto al equivalente del crédito que no las paga y que adquirió despues el que antes era solo deudor, por la sencilla razon de que habiéndose estinguido el capital què pagaba las usuras, necesariamente tienen que estinguirse estas.

4836 Asímismo si el que tiene derecho á oponer la escepcion de

compensacion se deja de proponerla por error ó por ignorancia, conserva y puede usar contra aquel á quien hizo la paga la *condicion in debiti*, porque legalmente estaba estinguida la deuda, y ha pagado por error lo que no debia.

4837 Tambien tiene derecho á usar de la misma escepcion el cesionario de crédito compensable, ó bien cuando intente la accion que se le ha cedido á su nombre en calidad de útil, ó en el del cedente en quien estaba radicada la accion directa; porque estinguida esta desde el momento en que el antes deudor se hizo tambien acreedor contra el que antes lo era solo, ni á su nombre se puede formalizar en juicio la accion directa, que es la principal, ni pudo trasladarse al cesionario la útil, puesto que lo que no ecsiste no es transmisible.

4838 La compensacion tambien es admisible con los créditos del fisco cuando nacen de una misma causa ú obligacion, como sucede con las contribuciones; pero no si emanan de causas diversas: asi es que el que tiene un crédito contra la Hacienda nacional, procedente, v. g., de suministros hechos á las tropas, no podrá compensarlo con el débito de contribuciones, á menos que por una ley ó un decreto del gobierno asi se mande.

4839 Es eficaz del mismo modo la compensacion en toda clase de acciones, sean estas reales, personales ó mistas.

4840 La escepcion perentoria de compensacion pasa activa y pasivamente à los herederos y sucesores singulares del deudor á prorata de lo que debia, y del acreedor de lo que le debian; de tal modo, que aunque el difunto no la hubiese opuesto, pueden oponerla sus herederos.

4841 Produce tambien la compensacion accion pignoraticia contraria para reivindicar la prenda que se halla en poder del que era acreedor y pide como tal; porque como que està pagada la cantidad que aseguraba la prenda desde luego que ecsisten créditos y débitos compensables, puede el dueño reclamar la prenda porque está satisfecho el acreedor.

4842 La retencion es muy diversa de la compensacion, aunque asi suele llamarse algunas veces, y para evitar confusion convendrá esponer las siguientes diferencias:

1.ª Por la compensacion se estinguen *ipso jure* el débito y la obligacion; pero no por la retencion, porque cabalmente por esta se trata de que se estinga, y mientras tanto retiene el acreedor en su poder la prenda ó cosa que tiene de su deudor.

2.ª Aquella se hace por derecho en algunos casos; la retencion á peticion de parte solamente.

3.ª La primera se limita á varios y determinados casos y cosas permitidas por las leyes; la retencion se admite siempre, por lo que escluida la compensacion directa, se usa de la retencion ó compensacion indirecta hasta contra la ejecucion de la sentencia cuando el crédito no es líquido.

4.ª No obstante que no es admisible la compensacion del dinero á la cosa, porque cuando se elije á cualquiera para que haya de hacer una cosa, es visto que la eleccion es de su industria personal; no sucede asi relativamente á la retencion, razon por la que se conside-

ra esta mas favorable al acreedor que aquella, y es indudable que todo el que compensa retiene, mas no, al contrario, todo el que retiene compensa.

5.ª La compensacion tiene los efectos de accion; mas la retencion por el contrario tiene los de escepcion, porque se apoya en la cosa poseida sin participacion de ninguno de los efectos de las acciones; de modo que mejor es poseer la cosa que tener la accion para pedirla, porque mas notoria es la ventaja y seguridad de tener una cosa en su poder que esperar á que se la entreguen.

SECCION IV.

Del tiempo en que puede oponerse la compensacion.

4843 Si á la compensacion se la considera como una escepcion pura, claro será que no podrá oponerse sino dentro del término legal, es decir, dentro de los veinte dias que se ha dicho conceden las leyes para alegar escepciones perentorias, y si despues quisiera usarse, seria necesario presentarla con el juramento de no haber llegado hasta entonces á noticia del que la usaba; pero lejos de ser asi, la compensacion produce una accion que á la vez puede usarse como escepcion, lo mismo que sucede con la reconvencion, y por lo mismo es doctrina agena de toda duda que la compensacion puede usarse en cualquiera estado del juicio, y no solo ante el juez de primera instancia, sino ante la audiencia ó cualquiera otro juez superior adonde hayan ido los autos en apelacion, y aun despues de pronunciada la sentencia y de pasada en autoridad de cosa juzgada.

4844 En vista de la doctrina que se ha sentado al tratar de la contestacion á la demanda, parece que la oposicion de la compensacion debia conducir el juicio en cuanto á la primera accion formalizada, por que habia una confesion de la deuda por parte de aquel que alega la compensacion; pero no es así, lo mismo que sucede con la reconvencion, segun se verá en el título siguiente.

4845 Asimismo, por no deducir en juicio el medio de la compensacion del crédito, no se infiere con ecsactitud que el deudor confiesa la deuda y á la par que está satisfecho de su crédito, porque la escepcion que pudo alegar es indudablemente voluntaria y absolutamente independiente de la otra accion ó crédito con el que es compensable; y como nunca serà ecsacto deducir que aquel que no usa de un derecho siempre ha de entenderse que lo renuncia, asi tampoco que quien está obligado á pagar una deuda y tiene derecho à cobrar otra, por pagar aquella sin descontar la suya, no será legitima deduccion la de que no lo hizo porque estaba ya pagado ó renunciaba el derecho de cobrarla.

4846 Del mismo modo si el que dudando si era ó no deudor paga una cantidad cualquiera, probase despues que no era tal deudor, se le debe restituir por el presunto acreedor, porque quien duda se equipara al que ignora. (Ley 30, tit. 14, Part. 5.)

SECCION V.

Recompensacion á los delitos.

4847 Como los delitos producen las mas veces dos acciones, la una civil y la otra criminal, es indudable que habrá lugar à la compensacion de la accion civil procedente de delito con cualquiera otra, aunque provenga de contrato.

4848 Tambien son compensables las acciones de delito é injurias de una misma especie; pero no si fuesen de diversas, entendiéndose que las acciones compensables en las injurias leves son no solo las civiles, sino las criminales: porque los alcaldes y los jueces á quienes compete conocer de unas y otras en juicio verbal, deben procurar que el juicio se termine por avenencia de las partes, y por tanto cuando las injurias son mútuas, es lo mas acertado y justo compensarlas unas con otras.

4849 Cesa la compensacion de acciones cuando por el un delito ya se hubiese impuesto pena, y se trata de su ejecucion. (Ley 27, tit. 14, Part. 5.)

4850 Son compensables tambien el dolo con el dolo toda vez que uno y otro se dirijan al mismo fin, ó tengan ocasion de un mismo hecho.

4851 No son compensables el dolo con la culpa, pero sí esta con otra, siempre que una y otra sean de igual calidad. (Leyes 13, tit. 10, y 23 tit. 14, Part. 5.)

TITULO LXX.

De la reconvencion.

4852 Ademas de las escepciones que pueden competer à los demandados para oponerse á las pretensiones de los actores, tambien suelen tener acciones para entablar contra ellos demandas. Para evitar que con la duplicacion de los pleitos se dupliquen los gastos y molestias que acarrean, está mandado que puedan entablar sus demandas ante los mismos jueces por los que á ellos se demandò, y que los primeros actores estén obligados á responder, no obstante que el juez no sea competente. Esta doctrina tiene lugar en la reconvencion, que consiste en la nueva demanda que el reo pone al actor despues de contestada la que á él se le pone.

|| Se justifica la disposicion legal relativa á la reconvencion, segun el señor conde de la Cañada, por la eleccion que hace el actor del juez que no es el suyo. A primera vista parece que no hay tal eleccion, porque teniendo el demandante que seguir el fuero del reo, la necesidad y no la voluntad es la que le hace presentar la demanda ante el juez que la formaliza, mucho mas cuando segun la jurisprudencia actual no puede pedir como en la antigua el nombramiento de un juez especial; pero esto no obstante, hay cierta clase de eleccion en cuanto, teniendo en su mano el recurso de la recusacion para conseguir al menos que el juez competente del reo no entendiese por sí solo en la causa ó pleito, no lo usa. Nos parece, à pesar de la opinion de tan ilustrado jurisconsulto, que la razon que mas justifica la reconvencion es la utilidad que resulta de la acumulacion de las demandas. ||

SECCION I.

Quiénes pueden reconvenir.

4853 Siendo la reconvencion una demanda judicial, podràn reconvenir los que se hallen adornados con los requisitos que enumeramos al tratar de las circunstancias que son precisas para poder presentarse en juicio.

4854 No podrá reconvenir el actor reconvenido, porque si se le admitiera la reconvencion de reconvencion, seria proceder hasta el infinito con perjuicio de la recta administracion de justicia.

4855 Tambien està prohibido por una ley canónica al escomulgado vitando que pueda reconvenir (capitulo 5 y 12 de *escep. in* 6.º); pero no juzgamos que esta determinacion sea aplicable à nuestro de-

recho, porque permitiéndose al escomulgado pueda comparecer en juicio para defenderse, y siendo la reconvencion, aunque una accion, una defensa contra la reclamacion del demandante, no debe negàrsele, especialmente cuando la razon en que se apoya la ley para no permitir á los escomulgados la presentacion en juicio como actores, cesa en este caso, puesto que siempre ha de comparecer à defenderse como reo demandado.

4856 No pueden reconvenir los administradores por las deudas de sus principales en demandas por intereses propios, ni al contrario; salvo si el principal se conviene y cede las acciones en la forma legal.

5857 Tampoco pueden reconvenir los tutores ó curadores cuando sean demandados por deudas propias.

SECCION II.

De las personas á quienes se puede reconvenir.

4858 La reconvencion inutiliza á la escepcion de incompetencia, y por lo mismo pueden ser reconvenidos por regla general todos aquellos que demandan ante el juez que demandaron.

4859 De esta regla es consiguiente que el clérigo en los asuntos civiles si demanda à un lego por ante su juez, aunque sea clérigo de órden sagrado, y el reo usa de la reconvencion, tiene que responder ante el mismo juez (ley 57, tit. 6, Part. 1), sin que pueda alegar que su fuero no es renunciable, porque en la mútua peticion no hay renuncia voluntaria de fuero, sino que la ley obliga á los clérigos á contestar, ò lo que es lo mismo, los priva del fuero. La razon de esta doctrina consiste en que el privilegio de fuero de los eclesiásticos emana de una concesion del poder temporal, y por tanto cuando este mismo poder contempla útil al público el uso de la reconvencion, es indudable que puede y debe retirarles la gracia concedida.

4860 Si uno fuese demandado ante un juez y usa de la declinatoria de jurisdiccion, de modo que sustanciada y decidida esta, pasa la causa á un juez competente, no puede ya el reo usar de la reconvencion ante el juez propio, porque ha cesado la eleccion por parte del actor.

|| Tampoco puede reconvenirse cuando el juez que conoce del pleito fue elegido por el convenio de los dos litigantes, segun la opinion de algunos autores prácticos; pero en la nuestra, lejos de ser asi, creemos que en ningun caso es mas conforme la reconvencion á los principios que la justifican que en el propuesto, porque si el actor se le obliga á responder ante un juez à quien no ha elegido sino indirectamente, con mucho mas motivo se le deberá obligar cuando lo eligió espresamente; ademas de que el interés público de que no se dividan los pleitos es igual en todo caso. ||

4861 Asi como à los clérigos se les sujeta à los jueces legos cuando son reconvenidos ante estos, asi tambien á los legos se les sujeta à los eclesiásticos en iguales circunstancias, no obstante que les està prohibido someterse en las causas profanas al fuero eclesiástico. (Ley 7, tit. 1, lib. 4; y 6, tit. 1, lib. 10 Novísima Recopilacion.)

SECCION III.

De los jueces ante quienes puede hacerse la reconvencion.

4862 Puede reconvenirse ante todos los jueces por regla general ante quienes se haya interpuesto la demanda, porque la causa ocasional de la reconvencion tiene lugar con todos ellos.

4863 Se reconvendrá eficazmente ante el juez delegado, porque segun la ley 20, tit. 4, Part. 3, puesto que el demandante quiso alcanzar justicia ante él, justo es que ante él mismo lo haga el demandado.

4864 Tambien tiene lugar la reconvencion ante los jueces particulares que tienen algunas personas, v. g., los empleados de hacienda, los comerciantes en ciertos casos, porque en ellos milita la misma razon fundamental de la ley; lo que no sucede cuando alguno tiene dos ó mas jueces que puedan conocer de sus causas y usa de la declinatoria.

4865 Ante los jueces prorogados tiene lugar la reconvencion, á nuestro juicio, bien sea que la prorogacion provenga de la voluntad de uno solo de los litigantes, bien que emane del consentimiento mútuo de uno y otro contrayentes.

4866 No puede ser reconvenido el actor ante el arbitrador electo de consentimiento de los litigantes, porque carece de jurisdiccion y solo tiene cierta nocion ó conocimiento limitado á la mera facultad dada por las partes, que no puede esceder de los límites del compromiso; pero sí podrà serlo ante el árbitro de derecho electo por disposicion de la ley para ciertas causas que se han de comprometer, con tal que lo sea para toda la causa y no para un solo artículo, como para conocer de la sospecha por la que se acusa al juez, porque á este árbitro concede la ley una jurisdiccion que puede calificarse en cierto modo como mista de ordinaria y delegada.

4867 No puede interponerse la reconvencion ante los jueces de apelacion, porque el apelante no recurre à él por voluntad, sino por necesidad, para que deshaga el agravio irrogado por el juez inferior en la sentencia definitiva: y tambien porque la apelacion tiene un objeto singular consistente en que se repare el agravio que ha dado ocasion á ella; ademas de que la apelacion reduce el estado de la causa al de contestacion à la demanda, y como contestada esta no puede usarse la reconvencion, es consecuencia que aquella esté prohibida. Finalmente, los jueces de la apelacion no pueden conocer de otra cosa alguna mas que de la que se conoció en primera instancia, y por tanto no es posible que se introduzca una nueva accion en el juicio.

4868 Si la apelacion se interpuso de alguna providencia interlocutoria anterior á la contestacion de la demanda, tampoco puede caber la reconvencion, porque ó se revoca el auto apelado, ò se confirma; si lo primero, devuelve los autos y corresponde interponerla ante el juez de primera instancia: si la confirma, no quedan en poder del juez superior los autos.

4869 En cuanto á los jueces comisionados, es preciso distinguir si lo son para todos los negocios que corresponden à un juzgado, ó

para una comision especial. Los primeros no tiene duda que pueden oir la reconvencion, porque son iguales en cierto modo á los jueces ordinarios, puesto que ejercen toda su jurisdiccion: y si lo segundo, en unos casos les està prohibido, y en otros permitido. Si la causa ó pleito es de la misma especie de aquel para el que ha recibido la comision, bien podrá admitir válidamente la reconvencion, aunque la cantidad sea diversa, porque por ser de una misma clase se proroga incidentalmente la jurisdiccion.

SECCION IV.

De los pleitos ó causa en que há lugar á reconvenir.

4870 La reconvencion produce dos efectos: el uno consistente en que los dos pleitos se sigan al mismo tiempo y que se fallen en una misma sentencia, y el otro en la prorogacion legal de la jurisdiccion, aunque no haya consentimiento de los litigantes.

4871 Cuentan tambien los autores, y entre ellos el Febrero, como un efecto de la reconvencion, el de que el reo no està obligado á contestar à la demanda si el autor no quiere responder á la reconvencion, porque ambas se han de tratar á un mismo tiempo, y la condicion de uno y otro debe ser igual. En primer lugar este no es un efecto de la reconvencion, sino un resultado de la ley de reciprocidad que debe haber entre los litigantes; y en segundo, que el reo si quiere que le contesten à su demanda de reconvencion, es necesario y muy justo que él responda antes á la que le han puesto, es decir, que responda antes que reconvenga; y por tanto mal podrá él tener derecho para reservar su contestacion hasta saber si el reconvenido responde á la reconvencion.

4872 De la regla sentada anteriormente, en virtud de la que se obliga el clérigo demandante á contestar á la reconvencion ante el juez lego, se esceptúan tres casos en los que està libre de aquella obligacion, y son los siguientes:

1.º Si la reconvencion versa sobre cosa espiritual ó aneja á ella; porque aunque la reconvencion quita el privilegio de la persona, no el de la causa, de que el juez no puede conocer por falta de jurisdiccion, aunque las partes lo consientan.

2.º Cuando es por delito que ha cometido contra el lego, aunque éste le intente civilmente, pues milita la propia razon.

3.º Cuando el lego injuriò ó hizo daño al eclesiàstico, ó le hurtó alguna cosa con ánimo de que éste le demandase ante su propio juez por la injuria ó delito para poder reconvenir ante el mismo, pues no debe sufragarle este fraude; y si en tal caso se permitiera la reconvencion, ó se ofenderian impunemente el clérigo y el lego, ó estaria en el arbitrio del uno sujetar al otro á la jurisdiccion de juez que no era suyo.

4873 La reconvencion tiene lugar en cualquiera causa, no repugnàndolo su naturaleza y cualidad, ó no habiendo prohibicion especial, aunque las dos sean de diverso género; como si la demanda es por la accion de compra y la reconvencion por la de mútuo, ó la una pro-

cede de accion real y la otra de personal, ó ambas son sumarias ó plenarias, ó una sumaria y otra plenaria; y deben sustanciarse á un propio tiempo y definirse en una sentencia, á menos que la una ecsija celeridad y la otra no pueda liquidarse con tanta.

4874 Respecto á si la ejecucion tiene lugar en las causas ejecutivas, se han dividido los autores prácticos, tanto en cuanto à si es ó no admisible, como en órden á los efectos que debe producir en el método de la sustanciacion en el caso de que se admita.

4875 La opinion mas arreglada á principios es la de que debe admitirse la reconvencion toda vez que el crédito sea líquido, ó de no serlo, pueda liquidarse y decidirse dentro del término de los diez dias que concede la ley para la prueba en los juicios ejecutivos. Pero no estándolo, no pueda liquidarse, porque el instrumento ejecutivo, en cuanto á poderse despachar ejecucion en su virtud, es semejante á la sentencia; y como despues de esta no se admite reconvencion, tendrá lugar solamente su admision en lo que concierna al segundo efecto, que es la prorogacion de jurisdiccion, porque versa la razon legal espuesta.

4876 Opinan algunos autores que cuando la reconvencion no es admisible en tales términos que se hayan de continuar los procedimientos bajo una misma cuerda, suspendiéndose los unos por los otros, al menos servirá para prorogar la jurisdiccion, de manera que el reconvenido tenga que contestar ante el mismo juez que lo fué; mas en nuestro juicio esta opinion es absolutamente infundada, porque no pudiendo seguirse los pleitos reunidos, no se consigue el objeto principal de la reconvencion, consistente en evitar la multiplicacion de pleitos.

4877 Cuando hemos sentado que la reconvencion es admisible toda vez que la cantidad sea líquida ó pueda liquidarse, hablamos de ella como de una escepcion; porque si se usase como accion y se fundase en un instrumento ejecutivo, deberia despacharse mandamiento de ejecucion: de manera que hasta cierto punto es una especie de compensacion.

4878 Para evitar que se confundan la reconvencion y la compensacion, fijaremos las siguientes diferencias:

1.ª Que esta nada pide al actor, y solo se dirige á inutilizar su accion y demanda; mas aquella consiste en la reclamacion de una accion ó derecho, no obstante que algunas veces tambien se presenta como escepcion.

2.ª En que para ser admisible la compensacion es preciso que la deuda sea líquida y confesada, al contrario que la reconvencion, puesto que tiene lugar esté ó no liquidada, y aunque el débito sea de especie ó cosa diversa de la demandada.

3.ª En que la compensacion inutiliza el derecho del actor y produce á favor del que la opone la absolucion de lo pedido por su contrario; mas en la reconvencion queda ileso y pueden ser uno y otro condenados.

4.ª En la compensacion no cabe la prorogacion de la jurisdiccion; y en la otra, si el juez es incompetente, se hace competente para la reconvencion.

5.ª En que el que opone la compensacion confiesa el crédito; lo

contrario sucede en la reconvencion, y por lo mismo será siempre mas ventajoso al reo demandado usar de la reconvencion, porque de esta manera no se compromete al pago de la deuda porque ha sido enjuiciado.

6.ª En que el que compensa no puede hacerlo por mas cantidad que por aquella que se le pide, y en cuanto al esceso tendrá que usar de la reconvencion; mas esta es admisible por cualquiera especie de cantidad.

7.ª En que el vencido en la compensacion puede intentar la reconvencion; mas no al contrario, en razon á que en el juicio sobre aquella no se decidió sobre la legitimidad del derecho, sino sobre si habia ó no lugar á compensar el crédito reclamado.

8.ª En que la compensacion puede usarse en cualquiera instancia; pero no la reconvencion, por la razon ya espuesta de no ser admisible ante los jueces de apelacion.

4879 En las causas sumarias tiene lugar la reconvencion si ambas lo fuesen; pero si la una es sumaria y la otra plenaria, no tendrà cabida ni en cuanto al efecto de prorogacion, salvo el caso en que se puedan liquidar á un mismo tiempo los dos créditos. (Ley 4, titulo 1, Part. 7.)

4880 En el depósito y en el comodato no es admisible la reconvencion, porque estos contratos son privilegiados por la suma buena fé que debe haber en ellos; de modo que no toleran ninguna escepcion ni compensacion

4881 El Febrero, fundándose en una autoridad canónica, opina que la reconvencion en el depósito sirve al menos para la prorogacion de la jurisdiccion; pero atendidas las razones espuestas, no debe producir este resultado, y lo que deberá hacer el depositario para asegurár su crédito serà hacer la entrega del depòsito y pedir al momento la retencion.

4882 En cuanto à si en las causas criminales tendrá ò no lugar la reconvencion, es preciso distinguir cuatro casos para resolver esta dificultad.

1.º Si el acusado criminalmente acusa tambien de otro delito mayor al acusador ante su juez, ó de otro que tenga conecsion con él, hà lugar á la reconvencion; pero no si lo hace de otro igual ò menor, à menos que sea por su injuria ó por la hecha à sus parientes, segun se ha dicho, ó que ambos litigantes procedan por la suya, ó que el acusado se liberte principalmente por su acusacion del delito que se le imputa. Pero si el acusado no reconviene al acusador por su injuria ó por la de los suyos, ó el juez carece de jurisdiccion para proceder contra el acusador, v. gr. por ser clérigo, ó para conocer de causa criminal, no se admite la reconvencion, porque el acusador acusa precisado de la ofensa ó injuria que recibió, no voluntariamente como en lo civil en que no media ni se interesa su honor; y asi no se proroga la jurisdiccion al juez en lo primero como en lo segundo, escepto que el acusador saque algun despacho ó provision para proceder contra el acusado, pues en este caso habrà lugar á la reconvencion, porque es visto haberle elegido para sí y contra sí, y milita la razon legal.

2.º El acusado criminalmente no puede reconvenir civilmente al acusador, porque como este lo hace por necesidad, no se verifican los efectos de la reconvencion por falta de voluntad del actor en la eleccion de juez, y por las demas razones ya espuestas.

3.º El demandado civilmente puede reconvenir criminalmente al actor, siendo el juez competente de este y no de otra manera; pero se ha de conocer primero de la criminalidad como mayor y perjudicial à la accion civil.

4.º El acusado civilmente puede acusar tambien del mismo modo al actor ante su juez, porque entonces versa la razon de la ley; pero si no es juez suyo, no se le permite, porque el acusador ó actor le elige de necesidad por el delito cometido contra él, y no por su voluntad.

4883 En los juicios de despojo, si el despojado intenta contra el despojador el interdicto de recuperar y este le reconviene por otro igualmente privilegiado, se debe admitir la reconvencion, siendo sobre despojo de otra cosa y no de la misma; debiendo seguirse y decidirse ambas causas como de igual privilegio á un mismo tiempo. (Cap. 9 *de restit. spoliator.*)

4884 Si es tercer poseedor de buena fé y el despojado le demanda por el mismo interdicto, se halla este obligado à responder sobre otro igual despojo antes que le restituya la cosa que pretende: porque el remedio de la restitucion contra terceros poseedores no es tan privilegiado como contra los verdaderos despojadores, que por su delito deben ser castigados; debiendo tenerse presente en esta parte la doctrina establecida por el art. 44 del reglàmento provisional. (Leyes 5, tit. 10, Part 3; y 3, 4, 5 y 6, tit. 34, lib. 11, Novis Recop.)

4885 Intentado el recurso de despojo por el despojado contra el despojador, si este quiere reconvenirle por el de alcanzar ó por el interdicto petitorio sobre la cosa propia, no debe admitirse su reconvencion antes que la restituya, porque no son igualmente privilegiados, y porque es implicatorio que pretenda conseguir el dominio de lo que tiene y la posesion de lo que posee. (Ley 40, tit. 28, Part. 3; y dichas 5 y 6 de la Novis. Recop.)

4886 La escepcion de dominio alegada por el despojador y ofrecida probar incontinenti tampoco es admisible, porque el despojado debe ser restituido ante todas cosas, reservándose aquel para que en juicio ordinario intente la vindicacion.

4887 La misma doctrina debe seguirse cuando el despojador reconvenga por el interdicto de interin ó manutencion en posesion sobre la misma cosa de que despojó; porque no obstante que los interdictos de recuperar y retener son sumarios, el de despojo es privilegiado entre ellos, y no admite otro que se le oponga.

4888 Si se tratase contra un tercero que no despojó ni mandó despojar, habrá lugar á la reconvencion con el petitorio y posesorio, siendo sobre otra cosa; pero sobre la misma, solo tendrá lugar el interdicto de retener.

4889 Cuando el tercer opositor usa por via de accion del mismo interdicto, en razon á que el despojado le molesta estrajudicialmente, pidiendo que el juez le ampare en la posesion de la cosa, y que mande al perturbador no le moleste en ella, puede el despojado entablar

la reconvencion por el interdicto de recuperar, y se admitirán ambas acciones como sumarias.

4890 Cuando el actor formaliza demanda petitoria por accion real ó personal contra el reo que está obligado á dar ó hacer alguna cosa, y éste usa del interdicto de recuperar como accion, se seguirán ambas causas á un tiempo, como recíprocas petitorias, porque la una no escluye à la otra: pero si usase del mismo recurso por via de escepcion solicitando no se oiga al actor mientras tanto que no restituya, se suspenderá el juicio petitorio, procediendo à conocer de la escepcion como dilatoria; y acreditada la certeza del despojo, se declararà que el reo no está obligado à contestar hasta tanto que sea restituido, y hecho asi por el actor, se continuará el juicio petitorio.

4891 Cuando dos litigan, el uno con el remedio posesorio de recuperar y el otro con el petitorio, y se presenta un tercero pretendiendo tambien por el petitorio la cosa litigiosa, aunque estos dos últimos ofrezcan probar el dominio, se debe deferir ante todas cosas á la restitucion solicitada por el despojado, y hecha, se proseguirá el juicio de propiedad, no obstante la escepcion del tercer opositor.

SECCION V.

Del tiempo en que puede alegarse la reconvencion.

4892 En los tribunales eclesiàsticos puede alegarse la reconvencion en cualquiera estado del pleito; porque aunque para continuarse los dos pleitos reunidos debe proponerse dentro del término concedido para alegar escepciones perentorias, si asi no se hiciese, valdrá al menos para surtir el efecto de próroga de jurisdiccion, que aquel derecho reconoce. (Cap. 3 *de ordine cognitionis.*)

4893 Por derecho patrio no es admisible la reconvencion para ningun efecto si no se propone dentro de los veinte dias siguientes á la notificacion de la demanda, y no como algunos quieren despues de pasados los nueve dados para contestar; fundándose la doctrina emitida en que si pasados los veinte dias se admitiera la reconvencion, no pudieran seguirse las dos acciones en un solo proceso sin suspender el uno hasta tanto que se pusieran en igual estado. (Ley 1, tit. 7, libro 11, Novís. Recop.)

SECCION VI.

De la sustanciacion de los juicios en que hay reconvencion.

4894 Del escrito de reconvencion se da traslado al actor en la primera demanda á la par que del de contestacion, que irá unido, y no obstante que para la réplica se conceden seis dias, por causa de la reconvencion se conceden nueve; porque siendo esta una demanda nueva, debe concederse el mismo tiempo que generalmente se concede para contestarlas.

4895 Tambien debe concederse el mismo tiempo que en cual-

quiera demanda ordinaria, para escepcionar, replicar y proponer las escepciones perentorias.

4896 De la réplica del actor y documentos ó escrituras que presente se debe comunicar igual traslado al reo, para que en término de seis dias responda, deduzca sus réplicas y concluya.

4897 Si pasado este término presentase nuevas escrituras, no se le deben admitir, á menos que jure que las adquiriò de nuevo y que hasta entonces no vinieron á su noticia.

4898 Sin mas escritos, es decir, dados dos por cada una de las partes, si no hubiese escepciones ò artículos dilatorios, se tiene el pleito por concluso para prueba, ò para definitiva en sus casos. Los escritos del actor se llaman demanda y réplica, y los del reo contestacion á la demanda, en la que tambien se propone la reconvencion y escepciones perentorias, y el otro satisfaciendo al de réplica, ó sea dúplica, en el que se debe concluir.

4899 Si se interpone algun artículo, se dan los pedimentos acerca de él por cada uno el suyo, y del último se comunica traslado al que le formó, el que concluye; y decidido, se continúa el negocio principal en caso de que el artículo no se termine, pues mientras dure este, el pleito principal debe estar suspenso.

4900 Cuando el primer actor, en vez de contestar al traslado que se le comunica de la reconvencion, concluye sin decir nada sobre ella, se entiende haber respondido, y como si estuviese declarado contumaz, se recibe á prueba.

4901 Si concluye especialmente sobre la demanda, desentendiéndose de la reconvencion, se debe dar traslado de la conclusion al reo, quien mediante el silencio de su adversario, ha de pretender que en atencion á no oponer escepcion que le ecsima de responder á su reconvencion, se haya esta por contestada y los autos por conclusos para prueba ò para los efectos que haya lugar en derecho. (Ley 4, tit. 6, libro 11, Novis. Recop.)

4902 Recibido una vez el pleito á prueba, se continúa sustanciando por los tràmites ordinarios hasta sentencia, decidiéndose la accion y la reconvencion en el mismo fallo.

TITULO LXXI.

De la réplica, contra-réplica y conclusion para prueba ó definitiva.

4903 Segun nuestro antiguo derecho, contestada la demanda negativamente ó escepcionando, se daba traslado al actor, y de la respuesta de este al reo, y asi sucesivamente hasta que resultaba fijada la cuestion. Por este método observado de buena fé se alcanzaban ventajas, porque no siempre por dos escritos de cada parte se determina ecsactamente la duda que ha de ser objeto de las pruebas: mas, como todos los demas sistemas fiados de la conciencia y rectitud de las gentes, dió muy presto á conocer que era susceptible de muchos abusos, que las partes cometian multiplicando los escritos para causar vejaciones y ocasionar costas.

4904 Por las leyes posteriores se ha reducido el número de los escritos á cuatro hasta el auto de prueba. (Ley 1, tit. 15, lib. 11, Novis. Recop., y art. 125 de la ley de 24 de julio de 1830.)

4905 Para evacuar los segundos traslados que se confieren á actor y reo, ó sea los escritos de réplica y contra-réplica, se conceden seis dias de término à cada uno en los pleitos ordinarios, y tres en los de comercio, salvo cuando se haya interpuesto algun artículo dilatorio.

4906 En los pleitos de comercio, y segun práctica de algunos tribunales, para la sustanciacion de los artículos cada parte da lo mas dos escritos, y si fuese necesario, se señala un breve término para contestar.

4907 Si no hay artículo que decidir, dados los dos escritos por parte, deben concluir para lo que haya lugar; y si no lo hacen, se tiene por concluso sin necesidad de acto de conclusion. (Ley 3, tít. 7, lib. 11, Novis. Recop.)

4908 Del último escrito se confiere traslado al actor, segun la opinion de algunos prácticos, para el solo efecto de que se instruya de lo alegado por el reo, sin que se le admita escrito. En nuestra opinion, aunque no está prohibido conferir este traslado, ni es necesario ni conforme al espíritu de las leyes; porque siendo su objeto el de que se instruya el actor, vista está su impertinencia cuando tiene que recibir los autos luego que se reciban á prueba. En la práctica no se confiere semejante traslado generalmente, sino que devueltos los autos por el reo, se tienen por conclusos y se provee *autos citadas las partes.*

4909 Tambien es indispensable, segun el dictámen de algunos escritores, que una de las partes concluya para que el juez pueda recibir el pleito à prueba, porque el juez nada puede hacer de oficio en

los asuntos civiles; pero esta opinion está en manifiesta contradiccion con las palabras y doctrina terminante de la ley 3, tít. 7, lib. 11 de la Novís. Recop., la que despues de esponer acerca de los escritos que pueden presentarse, y de fijar como término de estos el de súplica, dice: *y con esto sea habido el pleito por concluso, sin otro auto de conclusion.* Claramente se previene en esta cláusula que no se necesita la conclusion de las partes, porque quien concluye es la ley.

4910 En algunos juzgados, y siempre en los tribunales superiores si hay oposicion, se oye á las partes verbalmente antes de recibir el pleito à prueba.

4911 Antes de dictar esta providencia es obligacion del juez reconocer los autos y ver si alguna de las partes ha alegado algun hecho que necesite probarse, porque cuando así no suceda, desde luego puede declarar concluso el pleito para definitiva, puesto que la prueba no es un tràmite de esencia en el juicio, como especialmente sucede en los pleitos de puro derecho. No obstante los jueces deben ser propensos á admitir las pruebas, porque en oirlas poco se puede perjudicar, y de no permitirlas pueden hacer graves perjuicios.

4912 No obstante que la ley concede seis dias al juez desde la devolucion de los autos por el reo para acordar si há ó no lugar á la prueba y proveer auto recibiendo los autos à ella, puede renunciar el término y desde luego proveerla.

TITULO LXXII.

De las pruebas.

4913 Por prueba se entiende en el juicio la demostracion hecha por los medios y en la forma designada por la ley de alguna cosa dudosa sobre la cual versa el litigio. (Ley 1, tit. 14, Part. 3.)

4914 Siempre que la cuestion que en él se ventila comprenda algun hecho y no se halle limitada à ecsigir una decision de derecho únicamente, el juez, como se ha dicho, ha de recibir el pleito à prueba, y no podrá dejar de admitir la que los litigantes propongan sobre los hechos disputados.

4915 La prueba, segun la valuacion de su mérito por el efecto que con arreglo á las leyes debe producir en juicio, se llama *plena* ó *semi-plena.* Por prueba plena se entiende aquella que acredita la ecsistencia de un hecho de modo que constituye una verdad legal é incontrovertible, y es suficiente por tanto para que el juez pueda fallar condenando ó absolviendo. Por prueba semi-plena se entiende aquella que produce acerca del hecho á que se refiere un grado de certeza, pero no tal que pueda alejar legalmente todo motivo de duda.

4916 Segun otros diversos aspectos, bajo los cuales la prueba pueda considerarse, se denomina *judicial*, *estrajudicial*, *clara*, *menos evidente*, *evidentísima*, y tambien *legítima* y *mista.*

4917 En juicio, por punto general, la prueba incumbe al actor, porque generalmente funda su intencion en afirmativa probable, y no al reo que afianza la suya en escepcion negativa improbable. De este principio se deduce la mácsima de que no probando el actor, debe ser absuelto el reo. (Ley 1, tit. 14, Part. 3.)

4918 Sin embargo, como la negacion misma puede envolver una afirmacion, el demandado debe igualmente en este caso probar los hechos que demuestren su negativa. Por ejemplo: si la escepcion se funda en negar que el demandado no debe la cantidad que se le ecsige porque la ha satisfecho, ó en que la obligacion contraida en cualquier contrato fue efecto de una violencia, debe probar que realizò el pago, ó que la violencia se cometió.

4919 Puede deducirse pues como regla general que estando consignada la obligacion de la prueba sobre el principio de que ha de probar quien de cualquier modo afirma, incumbe esa obligacion al demandado cuando su negativa puede resolverse en una proposicion afirmativa: veamos cuàles de estas pueden probarse indirectamente, y cuáles no.

4920 Generalmente hablando, la negacion ó proposicion negativa es de tres maneras: de *derecho*, de *cualidad* y de *hecho.*

4921 La negativa de derecho es aquella por la cual se afirma que alguna cosa no es conforme á derecho ó no está permitida por él; por ejemplo, que uno no puede ser juez, abogado, testigo, &c. Esta se puede probar indirectamente, haciendo ver por la ley y demas medios oportunos que en él no concurre el defecto que se le imputa: debe por consiguiente probarla quien niega. (Leyes 2 y 4, tit. 14, Part. 3.)

4922 La negativa de cualidad es aquella por la que se niega concurrir en alguno cierta cualidad. Si esta es de las que todos naturalmente tienen, como capacidad, claridad, entendimiento, falta de mayor edad en la época en que contrajo la obligacion &c., debe probarse por el litigante que niega. La negativa en este caso es el fundamento de su intencion, y aquella induce una afirmativa que transfiere la obligacion de justificar al negante: la presuncion está por su contrario, y deberà deferirse á la solicitud de éste, aun sin prueba suya, siempre que el que negó la cualidad no probase lo conveniente.

4923 Si es de las cualidades que compelen accidentalmente à alguno y no naturalmente á todos, como por ejemplo la nobleza, el grado de doctor &c., toca la prueba al afirmante: asimismo si dice que es mayor de edad y se le niega, porque en estos y otros casos semejantes no se atiende á lo material de la afirmativa, sino que cada uno es fundamento de su intencion.

4924 La negativa de *hecho*, que se estima como improbable por naturaleza, es de tres maneras: una *pura*, *simple*, *absoluta é indefinida*: otra que envuelve en *sí afirmatíva*; y *otra coartada.*

4925 La primera es la que no determina tiempo, lugar ni circunstancia alguna; como, por ejemplo, la de no haber contraido ó no haber hecho lo que se le imputa Esto no se puede probar por el negante, y asi le basta negar, porque de hecho no se presume. (Leyes 1 y 2, título 14, Part. 3)

4926 La negativa que envuelve en sí afirmativa es, por ejemplo, cuando dijo alguno que no renunció ó no contrajo espontáneamente; pues al mismo tiempo afirma un hecho, la coaccion, la violencia que sufrió para renunciar ò para contraer: en este caso incumbe la prueba al que negando un hecho afirma otro implícitamente.

4927 La negativa coartada es la que induce cierta limitacion de lugar, tiempo y circunstancia determinada. Por ejemplo, se imputa á uno una muerte hecha tal dia, en tal parte y à tal hora: si niega que estuvo en aquel sitio y en tal ocasion porque no pudo hallarse en él estando en otro, debe probar que á la sazon misma se hallaba en parte distinta, porque su negacion se reduce á afirmar esto mismo.

4928 La prueba debe referirse precisamente á la cuestion que en el litigio se trata, porque sobre esta ha de recaer la sentencia. Si no se refiere de algun modo á los hechos espuestos ó negados en la demanda y en la contestacion, la prueba es inoportuna, *impertinente*, y por lo tanto inadmisible.

4929 Tampoco se admitirá nunca prueba sobre cosa que aun probada no aproveche en el litigio, segun espresamente se previene en

la regla 4.ª, art. 48 del reglamento provisional para la administracion de justicia.

4930 Puede hacerse prueba en juicio de ocho modos ó por ocho medios distintos, que son los siguientes:

1.° Por confesion de parte.
2.° Por juramento decisorio.
3.° Por testigos.
4.° Por instrumentos ó documentos públicos ó privados.
5.° Por vista ocular.
6.° Por presunciones ó conjeturas.
7.° Por ley ó fuero.
8.° Por fama pública ó notoriedad.

4931 A estos medios se puede añadir el de probar alguna cosa por lo que resulta de inscripciones esculpidas en mármoles ó lápidas antiguas puestas en las iglesias ò en otros lugares públicos de tiempo inmemorial, y por escritos históricos, mapas geogràficos ú otros medios semejantes.

4932 Bien pudiera decirse que *la ley ó fuero* y *la fama pública*, que los autores han enumerado siempre como medio de prueba, no son verdaderamente tales, y en su lugar pudiera comprenderse como medio de prueba distinto el reconocimiento de peritos.

4933 Los autores han comprendido las ocho clases de pruebas en los siguientes versos latinos:

Aspectum, sculptum, testis, notoria, scriptum,
Jurans, confesus, præsumptio, fama, probavit.

SECCION I.

De la confesion.

4934 Confesion ó declaracion judicial, considerada como medio de prueba, es la contestacion, que dà un litigante á la pregunta dirigida por su contrario ó por el juez de oficio, reconociendo la verdad de un hecho, ó el derecho ó la escepcion de su colitigante, ó la obligacion contraida por el que confiesa.

4935 Divídese la confesion en *verdadera*, *espresa* y *tácita* ó ficta: llámase verdadera la que se hace con palabras ó señales que manifiestan clara, espresa y manifiestamente lo que se dice; y tácita la que se infiere de algun hecho ó se supone por la ley, como, por ejemplo: cuando el preguntado se niega á responder, ó no responde como debe, ó huye despues de contestado el pleito y lo abandona. (Ley 3, tit. 13, Part. 3; y 1 y 2, tit. 9, lib. 11 de la Novís. Recop.)

4936 Entiéndese por confesion ficta la que las leyes reputan como hecha por no haber declarado el litigante ó no haberlo verificado como debia. Contra esta clase de confesion se ha de admitir prueba al preguntado, porque surte el efecto de que se transfiera en él la obligacion de probar que al interrogante incumbia.

4937 Para que este no sea perjudicado con la declaracion de su

contrario, ni se estime que la aprueba en caso de que aquel niegue ó tergiverse los hechos, debe poner en su escrito la siguiente cláusula: «Sin que sea visto estar á su dicho ó declaracion, y sin perjuicio de la prueba en caso de negativa en todo ó en parte &c.»

4938 Se divide igualmente la confesion en *simple y cualificada.* Llámase *simple* la que hace el litigante confesando lisa y llanamente lo que se le pregunta; y *cualificada* la que hace reconociendo la verdad del hecho sobre que recae la pregunta, pero restringiendo la intencion de su contrario.

4939 Esta confesion cualificada se subdivide en *divídua ó indivídua:* cuando la circunstancia de que use el litigante para restringir la intencion de su contrario, agrega á lo que confiesa y puede separarse del hecho que modifica y sobre el cual recae la pregunta, se llama la confesion divídua ó divisible: si la circunstancia añadida no puede separarse del hecho preguntado, la confesion se llama *indivídua* ó *indivisible.* La confesion divídua se reputa como absoluta ó simple, si el confesante no prueba la circunstancia con que modificó su dicho. En la confesion indivídua no puede admitirse una parte y desecharse la otra Si el adversario del confesante quiere aprovecharse de ella, tiene que probarse la falsedad de la modificacion.

4940 Tambien se divide en *judicial* y *estrajudicial*: se llama *judicial* la que el litigante hace en juicio ante juez competente y en la presencia de escribano conforme á derecho; y *estrajudicial* la que hace fuera de juicio de cualquier modo, ó ante juez que no es competente, ó faltando á alguna de las formalidades del derecho.

4941 Para que haga fé la confesion judicial contra quien la hace, debe comprender las diez circunstancias que refiere la ley 4, tit. 13, Partida 3, y que se espresan en los siguientes versos:

1 2 3 4 5 6
Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus fit, et hostis,
7 8 9 10
Certum, lis que, favor, jus nec natura repugnet.

1.ª Que el confesante sea mayor de 25 años, ó si es menor y se halla en la edad de la pubertad, que declare con autoridad de su curador; pero aun asi recibiendo lesion le corresponde el beneficio de la restitucion por entero. (Ley 3, tit. 25, Part. 3.)

2.ª Que el litigante confiese libre y espontàneamente sin coaccion física ni moral de ninguna clase, ni por sugestiones, promesas, dádivas, engaños ni seduccion alguna. (Leyes 4 y 5, tit. 13, Part. 3.)

3.ª Que la haga con ciencia cierta y no por yerro ni equivocacion, pues si la hace con error, no perjudica al confesante si lo prueba asi antes de la sentencia. (Ley 5, tit. 13, Part. 3.)

4.ª Que el confesante declare contra sí mismo, ó para obligarse en favor de otro (Ley 4, tit. 13, Part. 3.)

5.ª Que declare ante juez competente, ó de su órden ante escribano ó alguacil comisionados por el juez al intento. (Leyes 4 y 5, tit. 28, libro 11 de la Novis Recop.)

Entiéndese tambien como juez competente para este fin el árbitro

que procede observando el órden legal; pero no el arbitrador, porque ante este no hay verdaderamente juicio.

6.ª Que declare à presencia de su contrario. (Ley 4, tit. 13, Partida 3.) || En la pràctica rara vez se presencia por el colitigante la declaracion, y en lugar de su asistencia á ese acto se le comunica el proceso despues de evacuada aquella diligencia. ||

7.ª Que la confesion recaiga sobre cosa, cantidad ó hecho determinado, porque no siendo asi no perjudica al confesante. Pero el juez debe compelerle á que satisfaga categòricamente á lo que se le pregunta.

8.ª Que se haga en juicio, pues fuera de él producirá presuncion y no prueba. Esta doctrina es aplicable á las causas criminales; pero tratándose de contratos, la confesion estrajudicial hecha en presencia del contrario ecsime à este de la prueba cuando al mismo tiempo espresa la causa de la obligacion á su favor, como se esplicará mas adelante.

9.ª Que la confesion no sea en favor del mismo confesante, porque supuesta su parcialidad é interés, no puede constituir prueba lo que afirme en su provecho.

10. Y que la confesion no sea contra la naturaleza y las leyes. Contra la naturaleza será la que repugne á las leyes de la naturaleza misma; por ejemplo: si uno confiesa ser padre de otra persona que tenga mayor edad; y contraria á la ley, la que hiciese un casado de tener un impedimento dirimente con el fin de anular el matrimonio, pues en esto no cabe la prueba por confesion; ó la que hiciere uno declarando que era esclavo de otro, siendo ambos ciudadanos españoles, pues la esclavitud, generalmente hablando, no está permitida en España (ley 6, tít. 13, Part. 3); ó por último, la que hiciere una madre de que no es de su marido sino de otro el hijo que ha tenido durante el matrimonio, pues tal asercion es contraria á la presuncion de derecho. (Ley 9, tít. 14, Part. 3.)

4942 De lo que sienta Febrero en la precedente numeracion de las circunstancias que la confesion debe contener, puede deducirse que, segun su doctrina, lo que el litigante espone en la demanda ó en otros escritos, aunque sea sin juramento, se reputa como confesion judicial. Pero la pràctica, mas constante y mejor fundada, ha establecido que sea necesaria la ratificacion del litigante en la presencia judicial, conforme à derecho, para que se repute confesado de ese modo lo que en sus escritos manifestò.

4943 Concurriendo en la confesion las diez circunstancias antes referidas, hace plena prueba, aprovecha al contrario del confeso, le ecsime del gravámen y precision de probar, supera á todas las pruebas porque ninguna iguala al dicho de propia boca, inutiliza las opuestas hechas por testigos ó instrumentos á su favor y desvanece las presunciones contrarias: es de tal calidad que aunque se haga en proceso inepto ó inválido, puede darse sentencia segun ella, y el confeso se tiene por condenado sin otra alguna. (Ley 2, tít. 13, Part. 3.)

4944 Puede una parte á la otra pedir en cualquiera estado del pleito, aunque sea despues de concluso, con tal que no esté sentenciado; asi como tambien lo puede mandar el juez de oficio para inqui-

vir la verdad en caso de que haya duda. (Ley 2, tit. 12, Partida 3.)

4945 Tambien puede pedir una parte á la otra todas las declaraciones ó posiciones que tenga por convenientes, de una vez ó de muchas, con tal que conciernan al pleito y no sean sobre lo confesado claramente.

4946 El juez debe deferir y apremiar al preguntado á que las absuelva categóricamente sin darle traslado ni término, ni precisar al interrogante á que las haga de una vez. Si proveyere lo contrario, debe reformar la providencia, de la cual podrá interponerse recurso de apelacion como dilatoria, injusta y perjudicial, porque la ley no prefine cuàntas declaraciones ó confesiones pueden ecsigirse en juicio; porque la confesion es la mejor de todas las pruebas, y porque por ese medio puede conseguirse la brevedad en los pleitos tan encargada por las leyes.

4947 La confesion ha de ser sobre cosas convenientes al juicio. Las preguntas en virtud de las cuales ecsije un litigante á su contrario, se llaman *posiciones.*

4948 Las *posiciones* han de ser de los hechos relativos al punto que se controvierte, y deben hacerse clara y afirmativamente, y no con oscuridad ni por via de interrogacion; pues *la posicion es simple asercion hecha por escrito de hecho perteneciente á la causa, sobre el cual pide en juicio el litigante que su adversario declare bajo de juramento para relevarse de probarlo.*

4949 Las posiciones son enteramente distintas de los artículos é interrogaciones por los cuales se ecsaminan los testigos en juicio. Se diferencian entre otras cosas en que las primeras se hacen con palabras afirmativas de algun hecho, y las segundas con palabras interrogativas: en que el autor de las posiciones confiesa y afirma los hechos que en ella se refieren, y el autor de las interrogaciones nada confiesa ni afirma, sino pregunta; asi es que en las primeras se hace la pregunta con la fórmula precisa de «*como es cierto ó incierto.*» Se diferencian ademas en que la posicion se hace en causas civiles, y la interrogacion en ellas y en las criminales: y por último, en que las interrogaciones se hacen por el litigante y por el juez, y las posiciones solo por el litigante y no por el juez. No solo pueden hacer posiciones el reo y el actor, sino tambien sus procuradores en su nombre, pero teniendo su poder especial. (Ley 1, tit 10, Part. 3.)

4950 Siendo sobre el negocio principal, se deben hacer las posiciones despues de contestada la demanda en el término probatorio y antes de la presentacion de los testigos, porque podrán evitar la prueba si se confiesan puramente; pero siendo sobre algun artículo ó escepcion que se proponga antes de la prueba, sobre el cual haya que hacerla, se puede poner entonces; bien que como queda sentado, las puede hacer una parte á la otra hasta la sentencia en cualquier estado del pleito.

4951 Siendo confusas ó no concernientes al pleito las preguntas contenidas en las posiciones, no tendrá obligacion de contestarlas. (Ley 2, tit. 12, Part. 3.)

4952 Pero hechas con claridad y sobre lo que se litiga, debe el

preguntado, ó en su ausencia su procurador teniendo poder especial para ello, responder categóricamente bajo de juramento la verdad del hecho, afirmándola ó negándola simple y abiertamente, sin el mas leve artificio ni cautela, ni con las palabras de *creo* ó no *creo*, ó me *persuado* ó *niego la pregunta segun está puesta*, ni otras semejantes, pues no se le deben admitir. (Ley 3, tit. 13, Part. 3; y 1 y 2, tit. 9, lib. 11 de la Novis. Recop.)

4953 El juez no debe permitir que el abogado del declarante se halle presente à la declaracion, ni darle traslado ó copia de las posiciones ni término para que se aconseje, porque debe dar su respuesta como lo ordenan las leyes. (Las de Partida y Recopiladas citadas antes.)

4954 Cuando el preguntado responde á las posiciones con ambigüedad y confusion, puede ser compelido á contestar lisa y llanamente. Si no quiere declarar ò se ausenta por no hacerlo, habiéndoselo mandado el juez por tres providencias distintas, es habido por confeso y puédese determinar el pleito, ya definitivamente, ya recibiéndose la prueba segun su estado ó segun correspondiere por derecho. (Ley 1, tit. 9, lib. 11 de la Novis. Recop.)

4955 Tambien se tiene por confeso al litigante cuando responde que ignora la pregunta: cuando se halle ausente, se ha de espedir requisitoria para que declare. (Leyes citadas antes, y 3 del tit. 9, libro 11 de la Novis. Recop.)

4956 Si despues de haber declarado el litigante fuese claramente convencido de perjuro por lo que en los autos resulte, de modo que parezca que à sabiendas se perjuró; siendo el actor debe perder la causa, y siendo el reo se le reputa por confeso, sin perjuicio de las otras penas en que hayan incurrido. (Ley 2 del título y libros referidos.)

4957 Con arreglo á la ley recopilada (ley 6, tit. 9, lib. 11) el juez en los pleitos de gravedad é importancia debe recibir por sí mismo las posiciones y no cometer al escribano ni à otros su recepcion, pues aunque la parte se ratifique luego ante él, no cumple con lo que está mandado. Pero será la mas acertada práctica que el juez practique por sí estas diligencias en todo caso. Asi se halla espresamente prevenido para todas las declaraciones de los procesados y los testigos en las causas criminales por el artículo 8.º del reglamento provisional para la administracion de justicia. Y ni en los pleitos civiles deberá tolerarse al juez, sino muy rara vez y con muy fuerte motivo, que encargue á ningun otro la práctica de diligencias semejantes hallándose la persona que ha de declarar en la residencia del juzgado.

4958 De la esposicion ò respuesta de las posiciones de una parte se debe dar traslado al que las hizo, aunque no lo pida, para que esponga y pretenda en su vista lo que le convenga. (Ley 4, tit. 9, lib. 11 de la Novis. Recop.)

4959 Sobre lo confesado clara y espresamente no pueden hacerse nuevas preguntas ni prueba, bajo la pena de tres mil maravedís al abogado que lo hiciere. (Ley 4, tit. 9, lib. 11 citado.)

4960 Confesion estrajudicial es la que se hace de cualquier modo fuera de juicio ó ante juez incompetente. (Ley 7, tit. 13, Part. 3.)

4961 Hecha esta confesion á presencia de dos testigos y de la parte contraria con palabras claras, terminantes y dispositivas, con espresion de la cantidad ó cosa debida y de la razon ó causa por la que se debe, ó aunque esta no se esprese, si luego se justifica, constituye plena prueba presentándose despues en juicio, y aceptándose por la parte á quien favorece ó por su procurador para que no se pueda revocar, y perjudica al que hizo la confesion y à sus herederos. (Ley 7 citada.)

4962 Tambien constituye prueba completa la confesion estrajudicial, aunque la parte contraria no la presencie, si se hace en dos ocasiones con intermision de tiempo.

4963 La confesion que se hace por testamento ó á la hora de la muerte se estima como prueba plena contra los herederos del que se reconoce obligado. (Ley 2, tit. 7, lib. 2 del Fuero Real; y 19, 20 y 21, Part. 6.)

4964 Mas la confesion hecha en favor de quien no debe recibir del confesante no obliga á los herederos de éste, ni produce prueba completa contra ellos como no se pruebe justa y legítima causa de la deuda. (Ley 3, tit. 14, Part. 3.)

4965 Algunos autores (entre ellos Escriche en su diccionario razonado de legislacion y jurisprudencia) sostienen que la confesion ejecutada por los padres en escrito ó asiento formal sobre anticipaciones hechas á sus hijos por razon de colocacion ó establecimiento, se tiene por prueba completa. Pero en todo caso es indispensable probar la autenticidad.

SECCION II.

Del juramento.

4966 Tratando Febrero del juramento en general, se detiene como otros varios autores en considerar este acto bajo distintos aspectos, y en ese concepto esplica variedad de calificaciones del mismo.

4967 Todas las clasificaciones, divisiones y subdivisiones que refieren aquel autor y otros, se resienten de cierto carácter verdaderamente escolástico, y en la práctica tienen actualmente poca aplicacion.

4968 Con la introduccion de las buenas doctrinas en materia de procedimientos se han ido lentamente desterrando los juramentos que se hacian en los juicios, las mas veces por mera fórmula; y han venido á reducirse à los casos en que son absolutamente necesarios con arreglo à las leyes, ya en los escritos de los litigantes, ya en las declaraciones de los mismos y de los testigos. De estos hemos hablado y hablaremos en su lugar respectivo y oportuno, como cuando tratemos del escrito en que se pide ejecucion, en las declaraciones de los testigos, etc.

4969 Considerando aqui el juramento como medio de prueba, se llama *juramento decisorio* aquel que presta un litigante cuando su contrario se somete á lo que de tal modo manifieste acerca de la cuestion litigiosa.

4970 Si el punto cuya decision se somete de este modo á la declaracion jurada de uno de los litigantes decide la cuestion y negocio principal, llámase el juramento *decisorio del pleito.*

4971 Si el punto sometido á esa especie de decision es sobre algun incidente particular del litigio, llàmase el juramento *decisorio en el pleito.*

4972 El juramento decisorio del pleito se divide en *voluntario, necesario y judicial.*

4973 El voluntario ó convencional, que tambien con este último nombre se designa, es el que defiere una parte á la otra despues de principiado el juicio para terminarlo estrajudicialmente por ese medio. Depende de la voluntad y arbitrio de los litigantes el deferirlo y hacerlo, de modo que es indispensable en este caso el mútuo consentimiento. Pero una vez prestado este por ambos y celebrada esa especie de pacto, es obligatorio, por lo que deberán el uno someterse y el otro jurar, ò pagar, ó renunciar al objeto sobre que versa el litigio. (Leyes 10 y 11, tít. 11, Part. 3.)

4974 Para el juramento voluntariò basta de parte del que lo hace lo mismo que se requiere para jurar cualquier pacto ó transaccion; esto es, que no tenga prohibicion legal de hacerlo.

4975 Juramento *necesario*, que tambien se llama supletorio, es el que el juez de oficio ó á pedimento de uno de los litigantes manda hacer al otro, quien no puede escusarse de hacerlo sin legítima causa. Si este se resistiere de cualquier modo, debe tenérsele por convicto como si su contrario hubiera probado plenamente su intencion.

4976 Puede mandarse hacer este juramento aun despues de la conclusion, con tal que se haya pedido antes. No puede deferirse por el procurador sin poder especial ò clàusula de libre administracion en causa dudosa, ni puede deferirse por el tutor en el contrario de su pupilo, escepto en el caso de que no pueda justificar con otras pruebas legítimas su derecho.

4977 Para el juramento supletorio ó necesario se necesita que coincidan las cinco circunstancias siguientes:

1.ª Que la parte no tenga prohibicion de jurar ni de pedir juramento; hallándose al mismo tiempo el negocio dudoso y no siendo la prueba plena ó bastante, pues si el actor justifica plenariamente su accion y demanda, no há lugar al juramento y el reo debe ser condenado.

2.ª Que la causa esté semiprobada por un testigo fidedigno de toda ecsencion que dé razon de su dicho, ó por otro medio legal y verosímil; pues si nada prueba el actor, debe ser absuelto el reo aunque no haya justificado cosa algùna por su parte. En este caso no hay motivo para el juramento, que se estima únicamente como semiplena probanza.

3.ª Que la parte en quien se defiere sea persona fidedigna y no merezca mal concepto, especialmente como sospechosa de perjuro, y sea ademas sabedora por conocimiento propio à la manera que el testigo, al cual en este caso se equipara. Por esto no puede deferirse el juramento en el heredero. Tambien es preciso para la declaracion que esté presente ó sea citada la parte contraria.

4.ª Que la causa sea civil y de corta entidad; pues si es de alguna consideracion no debe deferirse el juramento, á menos que haya vehementes presunciones en favor del actor. En las causas criminales no tiene ya lugar la doctrina de los autores sobre el juramento que llamaban de *propagacion de indicios* ni ningun otro, porque segun el artículo 291 de la Constitucion política de 1812, restablecido como ley por decreto de las Córtes sancionado por S. M. en 16 de setiembre de 1837, á nadie ha de tomarse juramento en materias criminales sobre hecho propio.

5.ª Que la probanza semiplena de una parte no se escluya ni desvanezca por la de otra.

4978 Faltando algunas de las circunstancias referidas, no puede deferirse el juramento.

4979 Llámase este *judicial* cuando se hace à presencia del juez y se defiere de una parte á la otra de los litigantes con aprobacion judicial. El juramento de esta clase es voluntario porque depende del arbitrio de las partes proponerle y admitirle.

4980 Propuesto por la una no puede sin embargo escusarse por la otra, y se le tiene por confeso y pierde su derecho, porque se manifiesta en su resistencia la injusticia de su pretension si no tiene causa justa para escusarse: por ejemplo: si es preguntado de un hecho que ignore; si probó plenamente su intencion, ó si la accion propuesta por el actor es tal que el reo no pueda ser reconvenido. En estos casos el litigante no está obligado á jurar, ni otro tiene derecho à obligarle á que lo haga.

4981 El juramento *in litem ó decisorio* en el *pleito*, ó que se refiere solo á un incidente del litigio, es el que por falta de otra prueba ecsige el juez (pues la parte no puede hacerlo) al actor sobre el valor ò la estimacion de la cosa que demanda ó del daño que hubiere recibido. Debe hacerse por el actor ó el dueño de la cosa litigiosa y no por el reo: si aquel es menor de edad y no hubiere llegado á la pubertad, lo harán su tutor ó curador de bienes. (Ley 5, tit. 11, Part. 3.)

4982 Para que se difiera este juramento se requieren seis circunstancias.

1.ª Dolo del contrario. (Contra el tutor basta la culpa lata.)

2.ª Dificultad de probanza, ademas del dolo.

3.ª Certeza por parte de quien hace el juramento de la verdad de lo que jura, segun tenga contra sí ninguna presuncion.

4.ª Citacion del colitigante.

5.ª Posterioridad á la contestacion y anterioridad á la conclusion de la causa.

6.ª Capacidad por parte de quien lo hace; pues el menor, loco, pródigo y desmemoriado no pueden pedirlo ni hacerlo. Por estos deben hacerlo sus tutores ó curadores. (Leyes 3, 5, 6 y 7, tit. 11, Part. 3.)

4983 Este juramento debe recaer sobre una de las tres cosas siguientes: *aficion ó interés singular*, *verdadera estimacion*, *ó valor comun*.

4984 Recae sobre *aficion* cuando el dueño jura, no sobre lo que la cosa valía, sino sobre el valor correspondiente al aprecio en que la conservaba y sobre el daño que el reo le causó por el dolo de habérsela

sustraido ò hecho perder, aunque esceda del justo valor que tenia. El valor considerado de este modo es á lo que comunmente se dice hoy precio de afeccion.

4985 Para que se estime el juramento en esta parte es menester que concurran tres circunstancias:

1.ª Que el reo haya sido condenado por el dolo cometido y no quiera sin embargo restituir el objeto.

2.ª Que la aficion recaiga sobre alguna alhaja ú objeto que no sea dinero, pues este se reintegra con otro tanto de igual especie.

3.ª Que su dueño proceda de buena fé y haga la regulacion ante el juez, y no injusta ni arbitrariamente. El juez debe mandar que el dueño jure sobre aquella cantidad cierta, como lo ordena la ley 5, título 11, Part. 3. El tutor puede hacer este juramento por su pupilo, si quisiese y no de otra suerte.

4986 Recae el juramento sobre *interés singular* cuando por no haber pagado el reo al actor en el plazo estipulado sufrió el segundo á instancia de un acreedor suyo alguna pena pecuniaria ó la venta de sus bienes. El actor en este caso puede jurar sobre el interés singular y perjuicio que le causó la morosidad del reo.

4987 Recae por último este juramento sobre *verdadera estimacion* ó *valor comun* cuando por dolo del reo pierde el actor alguna cosa y jura cuanto valia justamente, á cuya satisfaccion debe ser aquel condenado.

4988 Acerca de este mismo juramento conviene advertir por último, que resistiéndose el tutor acabada la tutela á dar cuentas ó à entregar el inventario de sus bienes, ó estos mismos ó sus títulos de pertenencia, puede el menor contra este curador hacer el juramento *in litem* ó decisorio en el pleito, asi de aficion, como de interes singular.

4989 El mismo juramento cabe si el menor prueba que por culpa del curador, aun sin dolo, se le embargaron algunos de sus bienes.

4990 No há lugar al juramento referido contra los herederos del tutor, á no ser que por engaño ó culpa de aquellos se menoscabasen à este sus bienes, y á no ser, por último, que el tutor hubiese contestado la demanda antes de su fallecimiento.

4991 Rara vez se presenta en la práctica el caso del juramento decisorio en general, y especialmente del juramento decisorio del pleito y del voluntario.

4992 Si en otro tiempo pudo ser frecuente esa especie de convenio ó transaccion, que mas propiamente es esto que un medio de prueba, hoy las costumbres, el interes y los hábitos sociales apenas le hacen concebir como muy posible.

4993 Por el contrario, la práctica mas comun y casi constante consiste en que los litigantes, aun cuando ecsigen que jure su adversario al tiempo de declarar sobre las posiciones que presentan, lo hacen con la cláusula de que sea *bajo de juramento no deferido, á que protestan estar solo en lo favorable*; cláusula que de este modo ha venido á hacerse formularia.

SECCION III.

De los testigos.

4994 Otro de los medios de prueba antes enumerados es el de los testigos. Se llama asi la persona fidedigna que declara en juicio lo que sabe acerca de la verdad ó falsedad de los hechos controvertidos.

4995 Para que hagan fé sus declaraciones se ha de atender á su condicion, secso, edad, capacidad, fortuna y fé; requisitos que los prácticos han comprendido en estos versos:

Conditio, sexus, ætas, discretio, fama,
et fortuna, fides; in testibus ista requieres.

4996 Las circunstancias mas principales que deben tenerse presentes pueden comprenderse en esta clasificacion:

1.ª Capacidad.
2.ª Probidad.
3.ª Imparcialidad.
4.ª Conocimiento.
5.ª Solemnidad.

4997 La *capacidad* debe ser considerada por el estado físico é intelectual del testigo. Carecen de capacidad los faltos de juicio ó dementes, de cualquier clase que la demencia fuese, y las personas que tuvieren edad menor de aquella en que se reputa completamente sazonada la razon. Las leyes han fijado ese término para las causas civiles á los 14 años, y para las criminales á los 20. Por consecuencia los menores de aquella edad no podrán ser testigos en las primeras, ni los menores de 20 años en las segundas. (Ley 9, tit. 16, Part. 3.)

4998 Falta *la probidad* para ser testigo en cualquiera de las personas que las leyes tachan en ese concepto. Se encuentran en este caso: el hombre de mala fama; el de costumbres depravadas, como el dado al juego ò à la embriaguez; el alcahüete ó rufian; el monedero falso; el falsificador de documentos públicos ó privados; el reo de alevosía, traicion ú homicidio; el de falsedad en sus declaraciones por precio recibido; el descomulgado vitando; el que hubiere dado yerbas ò veneno para causar aborto, muerte ú otro mal; el forzador; el raptor de religiosa; el apóstata; el que siendo casado vive con barragana ó manceba; el que fuere desconocido del juez y de la parte contra quien es presentado, y al mismo tiempo muy pobre y vil, como dicen las leyes; el que à sabiendas se casò sin dispensa con parienta dentro del cuarto grado, y el judío, moro ó hereje en causas contra cristiano. (Ley 8, tit. 16, Partida 3.)

4999 Para conceptuar *imparcialidad* en el testigo es necesario que ni directa ni indirectamente sea parte ó tenga intereses en el litigio en que declara, ya por sí mismo, ya por las personas principalmente interesadas. Carecen de esa imparcialidad segun las leyes las personas siguientes: el litigante mismo, pues se trata de causa propia; los ascedientes ó descendientes en pleitos de unos y otros; el marido por

su muger ó ésta por aquel; los hermanos mientras estén bajo de la patria potestad; el enemigo capital de la persona contra quien declara; los criados domésticos ó familiares; el esclavo; los sócios en pleito de su compañía; el vendedor de la finca en el pleito de su eviccion; el que se ha contradicho á sí mismo en sus declaraciones; el juez de la causa, y los abogados, procuradores, agentes ò curadores en favor de su parte ó representado. (Leyes distintas del tit. 16, Part. 3.)

5000 La regla que antecede respecto de la parcialidad que segun derecho se reputa en los testigos tiene las siguientes escepciones. El individuo de algun ayuntamiento ó corporacion, aunque interesado en la causa de la corporacion á que pertenece, puede ser testigo en ella: los parientes pueden declarar sobre grado de parentesco: los criados ó familiares en las causas en que no quepa otra prueba; y por último, el juez puede certificar al superior de lo que ante él pasára, y decir al mismo por su mandato lo que supiere cuando no haya otra persona que declare, ni esto se intente con malicia y con el designio de escluir al juez del conocimiento de la causa.

5001 Han de tener los testigos *conocimiento* propio de lo que manifiestan, es decir, que han de saber por sí mismos lo que dicen; que lo han de saber con certeza y no por congeturas; que han de dar razon porqué lo saben, y que no han de deponer por lo que á otros oyeron ó por opinion ó creencia agena.

5002 La *solemnidad* con que han de dar sus declaraciones consiste en la autorizacion judicial, el juramento y la citacion contraria.

5003 En cuanto á la *autorizacion*, ya se ha dicho cuan conveniente es que los jueces reciban por sí mismos las declaraciones en las causas civiles. Las leyes solo le permiten delegar ese cargo en el escribano cuando el pleito es de muy poca importancia. Esto sucederá cuando los testigos se hallen en la misma residencia del juzgado. Si estuviesen en pueblo perteneciente al mismo partido, librarà el juez ecshorto, órden ó despacho con insercion del interrogatorio al alcalde ò autoridad subalterna.

5004 Cuando los testigos residan fuera del partido, se despachará el correspondiente ecshorto con aquella misma insercion. Pero si el juez creyere mas conveniente al mejor servicio cometer à otra persona de su confianza distinta de los alcaldes de los pueblos cualquiera diligencia, podrá hacerlo asi en virtud de la facultad que le concede el artículo 34 del reglamento provisional.

5005 Para que la declaracion tenga la solemnidad correspondiente se ecsige tambien el juramento del testigo. La fórmula comun para este acto es la de recibirlo el juez por Dios y una señal de la cruz con estas palabras: «¿Jurais á Dios y á esta señal de la cruz decir verdad en cuanto sepais y seais preguntado? á esto contesta el testigo «si juro;» á lo que contesta el juez: «si asi lo hiciereis Dios os lo premie, y si no, os lo demande:» el testigo añade: «amen,» asi sea.

5006 La fórmula del juramento que prestan los eclesiásticos ordenados *in sacris* en las causas seculares civiles, precedida licencia del ordinario, es «*in verbo sacerdotis, por las sagradas órdenes que han recibido y segun su estado*», y poniendo la mano derecha sobre su pecho.

5007 Los caballeros de las órdenes militares juran *por Dios y por la cruz de su hábito*, que traen al pecho, tocándola al mismo tiempo con la mano derecha.

5008 Los oficiales del ejército y armada lo hacen poniendo la mano derecha tendida sobre el puño de su espada, *jurando á Dios y prometiendo àl Rey decir verdad.*

5009 Los arzobispos y obispos juran como los sacerdotes, pero sin poner la mano sobre los santos evangelios.

5010 Los judios, los moros, los protestantes y en general las personas que profesan otra religion distinta que la católica, juran segun sus respectivas creencias y con arreglo á las fórmulas, bien curiosas por cierto, que se espresan en las leyes 20 y 21, tit. 11, Part. 3.

5011 Otra de las circunstancias que se ecsigen para la solemnidad de la declaracion de los testigos, es *la citacion* de la parte contraria al que la presta. De ese modo tiene facultad el litigante de presenciar el juramento de los testigos, lo cual puede servirle para conocer quiénes son, saber si tienen tachas, y poder deducirlas y probarlas en tiempo oportuno. Pero esta asistencia no es indispensable y basta solo la citacion.

5012 Todas las personas en general están obligadas à ser testigos en juicios cuando fueren llamadas al efecto, con estas escepciones: ninguno puede ser apremiado á declarar contra sus parientes dentro del cuarto grado, ni el yerno contra su suegro, ni este contra aquel, ni el padrastro contra su entenado, ni al contrario. Mas si espontàneamente testificaren, valdrá su dicho. (Leyes 10, 11 y 15, tit. 16, Part. 3, y ley final tit. 30, Part. 7.)

5013 Puede apremiar el juez á los testigos por prision ó embargo de bienes á que comparezcan á su presencia á declarar. (Ley 1, tít. 11, lib. 11 de la Novis. Recop.)

5014 Se hallan esceptuados de la obligacion de comparecer para declarar en las casas ó sitio del juzgado los mayores de 60 años, los militares y empleados del ejército que se hallen en campaña, el que tuviese tan poderoso enemigo que sin gran peligro no pudiese comparecer ante el juez, el enfermo, los arzobispos, obispos y personages de carácter elevado, y las mugeres honradas que viven honestamente. (Ley 36, tit. 16, Part. 3.)

5015 Los gastos que hicieren los testigos, ó las pérdidas que sufran en el tiempo que ocupen en ir á declarar y regresar à sus casas, deben ser satifechas por los litigantes á cuya instancia declaren. (Ley 27, título 16, Part. 3.)

5016 Para hacer las partes sus probanzas con testigos forman regularmente sus interrogatorios con varios artículos ó preguntas, de las cuales la primera y última se llaman *generales* porque en todos se ponen: las demas son especiales, y se llaman *útiles* porque conciernen al punto que se controvierte.

5017 Tiene por objeto la primera pregunta interrogar al testigo *por el conocimiento de las partes, noticias del pleito y generales de la ley.* Las dos primeras circunstancias se preguntan, porque si los testigos no conocen á los litigantes ni estan instruidos del hecho litigioso, no pueden deponer con claridad y verdad.

5018 La ley 3, tit. 11, lib. 11 de la Novis. Recop., espresa las que se llaman generales de la ley, y se reducen á si el testigo es pariente de alguna de las partes y en qué grado, ó amigo íntimo suyo, ò enemigo capital: si tiene interés en el pleito: si desea que alguno lo gane aunque no tenga justicia, y si fué sobornado ó intimidado por alguien para no decir la verdad. Estas preguntas se dirigen á las tachas que se les pueden poner, para debilitar ó desvanecer su dicho si alguna les comprende.

5019 Pero debe advertirse en primer lugar, que aun declarando el testigo que le tocan alguna ó algunas de esas tachas, no ha de dejarse de ecsaminar por eso, sino se le preguntará cuàl es la tacha y si dejará de decir verdad por este motivo, anotándose la respuesta que diere. En segundo lugar, si los litigantes nada dicen sobre las generales de la ley, fama y notoriedad, no debe preguntarse acerca de ello á los testigos.

5020 Tambien debe interrogárseles, y esto aunque los litigantes no lo articulen, por su edad, oficio ò modo de vivir, porque conviene en diversos conceptos que estas circunstancias resulten en el juicio.

5021 Las preguntas especiales, llamadas *útiles*, que son las concernientes à la cuestion que en el juicio se ventile, han de ceñirse á lo alegado y escepcionado en el pleito, pues de lo contrario no debe admitir el juez los interrogatorios, y aunque los admita, no vale lo impertinente. (Ley 5, tit. 10, lib. 11. Novis. Recop) Por eso en el auto que sigue à la presentacion del interrogatorio se usa de esta fórmula: *habiéndolo por presentado, en cuanto es pertinente.*

5022 Esta misma doctrina es aplicable á los interrogatorios particulares que comprendan artículos que, aun probados, no pueden aprovechar en el pleito, segun el artículo del reglamento provisional y la ley 5, tit. 10, lib. 11 de la Novís. Recop.

5023 Por una práctica tan constante como infundada é inesplicable con buenas razones, no se confiere traslado del interrogatorio de cada parte; pero sí del escrito con que se presenta, y cada una puede dar copia de su interrogatorio á los testigos que presenta.

5024 Ademas del interrogatorio referido suelen presentarse por los litigantes interrogatorios de repreguntas cuando por lo alegado en el juicio infieren las preguntas que se articularán por su adversario, y creen conveniente para evitar que la verdad se oscurezca, que á los mismos testigos despues de contestar á aquellas se les repregunte sobre algunas circunstancias ò hechos especiales oportunos.

5025 En el interrogatorio de repreguntas se admiten la de *conocimiento* y la de *público* y *notorio*, porque ya estan hechas. Las repreguntas recaen sobre las preguntas que se suponen y sus contestaciones consiguientes: al que digere tal cosa, por ejemplo, se le repreguntará en qué dia, en qué hora y quién lo presenció, &c.

5026 Las repreguntas tambien deben ser pertenecientes al litigio, y con esa misma calidad han de admitirse por el juez.

5027 Puede presentarse mas de un interrogatorio de preguntas, y por consecuencia tambien mas de uno de repreguntas, siempre que no hubiese concluido el término de prueba.

5028 Por esto, aun cuando las partes ó sus procuradores mani-

fiestan que no intentan valerse de mas testigos que los ecsaminados, y se espresa asi por una nota en los autos, suele agregarse á aquella manifestacion la frase de *por ahora*.

5029 Cada testigo debe ser ecsaminado secreta y separadamente y por las preguntas que particularmente le conciernan, si no se refieren á él todas las del interrogatorio.

5030 Si despues de concluida su declaracion y separado el testigo de la presencia judicial quisiese este corregir ó ampliar su dicho, no se le debe admitir.

5031 El juez en el ecsámen de los testigos debe por medios razonables y observando la imparcialidad correspondiente, procurar que digan la verdad de lo que sepan; pero no debe usar de medio alguno sugestivo ni que pueda coartar en cualquier concepto la libertad del que declara. Puede tambien llamarle á que preste nueva declaracion, si la primera fué ambigua ó faltò en ella la razon de lo que se dijo, ò si omitió alguna pregunta importante.

5032 Si el testigo no hablase el idioma castellano, serà ecsaminado por medio de intérpretes, en número de dos si fuese posible, que han de jurar *que dirán en idioma castellano lo mismo que el testigo deponga en el suyo, sin añadir, quitar, interpretar ni tergiversar cosa alguna.*

5033 Las declaraciones han de estenderse á la letra y no en abreviatura, sin mudar palabra ni aclararla (Ley 5, tit. 11, lib. 11 de la Novis. Recop.), y no se alterarán en ella ni aun las frases que diga el testigo, sino en la parte de la redaccion que fuere absolutamente indispensable para la claridad.

5034 Si quien declara en juicio quiere dictar ó escribir por sí su declaracion ò rubricar las hojas en que se estienda, podra hacerlo, como que es produccion y acto suyo, y nadie tendrá derecho para impedírselo.

5035 La declaracion deberà ser leida al testigo para que quede plenamente enterado de lo que dijo, y enmendar en el mismo acto cualquier equivocacion. El testigo debe manifestar si se afirma y ratifica en lo que ha dicho, y asi deberá espresarse en la diligencia. Por último debe firmar, si sabe hacerlo, con el juez y escribano, despues de salvadas las erratas, enmiendas ó adiciones que la declaracion contenga.

5036 Los litigantes tienen derecho de presentar hasta treinta testigos no mas por cada uno de los artículos ó preguntas del interrogatorio. (Leyes 2 y 5, tit. 11, lib. 11 de la Novis. Recop.)

5037 Comprometiéndose las partes en àrbitros, si éstos recibieren testigos, y aquellas hicieren algun pacto sobre si el juez ha de sentenciar ó no por sus dichos, en caso que los árbitros no decidan su contienda, se debe estar al pacto. Si nada pactaron, está en eleccion de aquella contra quien se presentaron el pasar por sus dichos y hacer que vuelvan á declarar ante el juez; pero si ya estuvieren muertos, deben valer sus deposiciones, y el juez sentenciarà con arreglo à ellas; bien que no se priva á la parte de alegar contra las personas y dichos de los testigos.

5038 Para la valuacion de la prueba de testigos es regla general que

uno solo, por autorizado que sea, à escepcion del monarca, no baste para justificar plenamente un hecho. (Ley 33, tit. 16., Part. 3). Podrà bastar únicamente cuando el testador mandó que en cuanto á su herencia se estuviera al dicho de cierta persona señalada, ò cuando los interesados asi lo pactaren.

5039 Dos testigos contestes en lo que declaran y en todas sus circunstancias, siendo hàbiles, idòneos y tales que no puedan ser desechados por razon de sus dichos ni personas, hacen plena probanza en el juicio.

5040 Esceptúase de esta regla general la prueba relativa á justificar el pago ó estincion de una deuda ú obligacion cualquiera que conste por escritura pública. En este caso es indispensable justificar la paga ò estincion del contrato por otro documento público, ó por cinco testigos que afirmen haber estado presentes cuando se hizo el pago ò perdon de la deuda y que para ello fueron llamados y rogados. (Ley 33 citada.)

5041 Tampoco bastan dos testigos en pleitos sobre testamentos, pues son necesarios hasta siete testigos, y aun ocho si el testador fuese ciego. Cinco serán suficientes tratándose de una manda ò legado (Ley 33, titulo 16, Part. 3.)

5042 No hacen probanza los testigos raros y singulares, que son los que declaran sobre diversos hechos, de modo que cada uno testifica del suyo y no concuerda con el otro. Si la diversidad de sus dichos es tal que se contradicen recíprocamente, hace perder la fuerza à todas sus declaraciones. Tampoco tiene fuerza la del testigo que en la suya se contradice á sí mismo.

5043 Probando ambas partes su intencion con testigos, debe el juez para fallar atender con preferencia á los testigos que hayan declarado con mas verosimilitud, y que merezcan mejor concepto y mas autorizacion por sus circunstancias.

5044 Siendo igual en cantidad y cualidad el mérito de la prueba testifical de una y otra parte, porque todos los testigos han depuesto lo que es posible que hubiera sucedido, debe atender el juez al mayor número.

5045 Habiendo la misma igualdad en esta prueba, pero diciendo los testigos de una y otra parte cosas contrarias, el juez debe absolver al reo. (Ley 41, tit. 16, Part. 3.)

5046 Toda la doctrina espuesta hasta aqui acerca de los testigos se refiere á lòs pleitos y causas civiles. Se han omitido las particularidades concernientes á las causas criminales, que son muchas y de importancia y trascendencia, por tratarlas en su lugar oportuno.

SECCION IV.

Documentos públicos y privados.

5047 Para tratar de los primeros como medios de prueba es indispensable esponer antes las circunstancias que deben tener los escritos en general para que puedan ser calificados como instrumentos públicos con arreglo á las leyes.

5048 Entiéndese por instrumento público el escrito que autoriza un funcionario de esta clase en los negocios relativos al ejercicio de su empleo.

5049 Se designa mas especialmente como instrumento público la escritura en que se consigna cualquiera hecho ante la presencia de un escribano, que son los testigos públicos en los pleitos «et en las posturas que los homes facen entre si» como dice la ley 3, tit. 19, Partida 3; funcionarios nombrados para llevar y conservar esas especies de actas generales de todo aquello que à los individuos particulares conviene hacer constar para siempre por escrito con la mayor autenticidad y solemnidad posible.

5050 Las leyes han designado la forma en que ha de llevarse esta especie de archivo público y general, y para este efecto deben segun las mismas comprender las escrituras las circunstancias siguientes:

1.ª Capacidad en los otorgantes.

2.ª Aptitud y caràcter legal en el escribano.

3.ª Conocimiento por parte de la persona que otorga.

4.ª Espresion de la época y sitio en que se otorgó.

5.ª Claridad, limpieza, órden y ecsactitud en la redaccion de lo que se estiende.

6.ª Intervencion de testigos.

7.ª Ratificacion y autorizacion de lo escrito.

8.ª Estension del mismo en el papel sellado correspondiente.

5051 Habrá *capacidad* en los otorgantes cuando por su edad, por su sano juicio y por su estado natural ò civil puedan con arreglo á las leyes celebrar el acto á que el instrumento se refiere, y ese acto ademas, ya fuere declaracion, disposicion ó convenio, no sea reprobado por derecho.

5052 Tiene *aptitud* para autorizar el instrumento el escribano público del pueblo en que aquel acto se celebra, hallándose legalmente en el ejercicio de las facultades de su ministerio.

5053 No podrá autorizarle por consecuencia el escribano que no fuese numerario del pueblo; prohibicion que la ley sanciona con la pena de veinte mil maravedís y privacion de oficio, declarando ademas la nulidad del instrumento. Pero á falta de escribano numerario, asi mismo en la còrte y sitios de las antiguas chancillerías, pueden otorgarse escrituras ante cualquier escribano real ó notario de los reinos. (Ley 7, tit. 23, lib. 10 de la Novís. Recop.) En este caso deberàn archivarse los registros ò matrices de estos instrumentos en el protocolo de alguna escribanía numeraria, y asi debe espresarlo el escribano real al fin de cada uno.

5054 Sin embargo, los contratos, disposiciones y demas que se autoricen por escribanos incompetentes podrán probarse por otro medio, y el escrito reputarse como instrumento privado, segun se infiere de la disposicion de la ley citada.

5055 Se estima incompetente el escribano para autorizar los actos en que pueda tener interes; pero bien pueden autorizar los instrumentos en que haya obligacion contra sí mismo ó contra sus parientes, y otorgar su testamento por sí y ante sí, y substituir los poderes que se le confieran.

5056 Han de tener *conocimiento* personal de los que otorgan, y de ello deberán dar fé en la escritura. No conociéndolos, ecsigirán la presentacion de dos testigos que con juramento digan que los conocen y firmen en la escritura. Del conocimiento de estos testigos dará fé tambien el escribano, y espresarà sus nombres y domicilio. (Leyes 54, título 18, Part. 3; 7, tit. 8, lib. 1 del Fuero real; y 2, tít. 23, libro 10 de la Novís. Recop.)

5057 Contendrá el instrumento *la espresion de la epoca y sitio en que se otorga*, refiriéndose en él el dia, mes, año y pueblo en que se hace, como asimismo el nombre, apellido y vecindad de los otorgantes y de los testigos con todas sus letras, sin abreviaturas ni cifras, y las fechas y las cantidades escritas por letras y no por guarismos, todo bajo pena de nulidad y de responsabilidad al escribano por los perjuicios que de lo contrario se siguieren. (Ley 3, tit. 9, lib. 2 del Fuero real: varias de los títs. 18 y 19 de la Part. 3 y del libro 10 de la Novís. Recop.)

5058 Todo el contenido del instrumento ha de estar *redactado con claridad*, y escrito para este fin con letras, palabras y clàusulas claras é inequívocas, de modo que no quede duda en lo que refiere ni de la voluntad de quienes lo otorgan. (Ley 111, tit. 18, Part. 3, y ley 1, tit. 23, lib. 10 de la Novis. Recop.)

5059 Debe ademas estar escrito con *limpieza*, sin blanco, raspadura, testadura, entrerenglonado ni enmienda, especialmente en la parte mas esencial, como los nombres de otorgante, testigos y escribano, cantidad ú objeto del escrito, plazo, pactos, condiciones, dia, mes, año de la fecha y lugar del otorgamiento. Si algo se hubiere enmendado, borrado ó adicionado, se salvarà al fin del instrumento y antes de las firmas para evitar todo motivo de sospecha.

5060 Para precaver la necesidad de hacer alteraciones en el registro original, suele tener el escribano un cuaderno en papel comun, que se llama *minutario*, en donde se estiende en borrador la escritura. En este minutario firmaban antiguamente los otorgantes.

5061 Para la ecsactitud y buen órden de los instrumentos, aunque los otorgantes sean estrangeros ó de alguna provincia de la monarquía en que se hable dialecto particular, ha de estenderse la escritura en el idioma español.

5062 Es circunstancia especial é indispensable la intervencion de *testigos*: concurriendo al otorgamiento de los contratos dos ò tres idóneos cuyos nombres, apellidos y vecindad se refieren en la escritura. (Leyes 54, 111 y 114, tít. 18, Part. 3.) Los testigos han de ser varones sin tacha legal y de catorce años cumplidos, pues esta edad designa espresamente la ley 9, tít. 16, Part. 3. Pero en los contratos no es indispensable que sean vecinos del lugar. Para el número y calidad de los testigos que han de intervenir en los testamentos, se observan las leyes referentes á esta clase de disposiciones.

5063 Estendido el instrumento y salvadas las enmiendas, ha de leerse á las partes para su *ratificacion* y *autorizacion* con sus firmas, nombres y apellidos y la del escribano. Este debe ponerle y conservarle en el libro de protocolos y registros, y no dará copia signada del instrumento sin haber firmado y signado el original, bajo la pena

de perdimiento de oficio é inhabilitacion perpetua, nulidad de la copia y obligacion de resarcir daños y perjuicios.

5064 Sin embargo, no es costumbre que el escribano signe cada una de las escrituras del registro ó protocolo: porque debiendo bajo la pena de 10,000 mrs. y perdicion de oficio por un año (ley 6, tít 23, lib. 10, Nov. Recop.) poner su signo al fin del registro en cada año, dando fé que las escrituras é instrumentos que en él se contienen en tal número de hojas son las únicas otorgadas ante él en el año referido, se entienden con este signo autorizados todos y cada uno de los instrumentos en el protocolo contenidos. Pero la firma es indispensable en todos, asi como lo es el signo en las copias llamadas originales.

5065 Si los otorgantes no supiesen firmar, lo hará por ellos *cualquiera de los testigos ú otro que sepa escribir*, pues estas son las palabras terminantes de la ley, y no hay motivo alguno fundado para ecsijir precisamente que sea testigo quien firme por el otorgante. El escribano espresarà al fin de la escritura que el testigo firmó por la parte que no sabia.

5066 Esta misma doctrina tiene muy razonable aplicacion para el caso en que el otorgante, aunque sepa firmar, se halle imposibilitado de hacerlo.

5067 *La estension* del instrumento en el registro ó protocolo será en el papel del sello cuarto, y la copia en el del sello correspondiente à cada especie de instrumentos segun su calidad y cantidad, con arreglo al Real decreto de 12 de mayo de 1824 y sus aclaraciones sobre el uso del papel sellado.

5068 Vistas las circunstancias esenciales que han de intervenir en el instrumento para que sea público y fehaciente, deben ecsaminarse las partes distintas del mismo instrumento ó, mirado bajo otro aspecto, sus clases diversas.

5069 Son estas tres, á saber: *protocolo ó registro, original y traslado.* En la actualidad el minutario se estima solo como un simple borrador.

5070 *Protocolo ó registro* es la escritura matriz, el verdadero original del instrumento, firmado por los otorgantes y estendido en la forma y circunstancias referidas. Se escribe en un libro encuadernado de papel del sello cuarto, que el escribano ha de formar cada año para este objeto, ó bien en cuadernos ó pliegos del mismo papel que se unan y encuadernen al fin de cada año. Al terminar el registro de cada uno debe el escribano poner la nota antes referida, dando fé del número de escrituras que el registro contiene y del número de sus hojas útiles con su firma y signo. En el mismo período de tiempo deberàn remitir dentro de los ocho primeros dias de enero á la audiencia territorial del distrito testimonio literal del índice de los protocolos que hubieren otorgado en el año anterior, con fe negativa de no quedar otros en su poder, segun previene la Real órden de 21 de octubre de 1836.

5071 El registro debe custodiarse y conservarse por los escribanos, de modo que si por su culpa y negligencia se perdieren ó estraviaren, ó no se formaren aquellos, quedan estos obligados al resarcimiento de daños y perjuicios que puedan seguirse, y sujetos à penas proporcionadas

á su culpabilidad hasta la privacion de oficio. (Ley 2, tit. 8, lib. 1 del Fuero Real; y leyes 4 y 6, tit. 23 de la Novis. Recop.)

5072 Los instrumentos otorgados no pueden ser rotos ni inutilizados ni estraidos del registro, aun cuando asi lo quieran los otorgantes, por haber revocado el contrato ó por cualquier otro efecto. En este caso lo único que corresponde es poner en el registro la oportuna nota que acredite la revocacion, rescision ó cancelacion.

5073 Llàmase *original* la copia literal y ecsacta de la escritura matriz ò del registro ó protocolo, sacada por el mismo escribano que la hizo y autorizó. Para que se tenga pues por tal *original* denominación como antes dijimos impropia é inecsacta, pero constante ya y técnica, es indispensable que aparezca dada, suscrita y signada por el mismo escribano del otorgamiento. (La ley 54, tit. 18, Part. 3, designa la fòrmula con que ha de suscribirse.)

5074 En este *original* ó *copia original*, que ya tambien se denomina asi muy comunmente, y que ha de estenderse en el papel del sello que corresponda, se hará la advertencia de que ha de tomarse razon en el oficio de hipotecas cuando la escritura fuere de la clase de aquellas que ecsigen esta circunstancia: aunque esta advertencia se pone hoy comunmente en el registro.

5075 Debe fecharse en el dia en que se estienda esta copia *original* y no en el dia del otorgamiento, si fueren distintos, y se espresará haberse sacado por nota puesta en el protocolo.

5076 El escribano está obligado á entregar el original á los interesados dentro de tres dias contados desde que se la pidieren, cuando no pase de dos pliegos, y dentro de ocho cuando tenga mayor estension. Si el instrumento fuese de aquellos que deben darse á las dos partes, el escribano tiene obligacion de darlo à la una, aunque no lo pidiere la otra. (Leyes 3 y 5, tit. 23, lib. 10 de la Novísima Recopilacion.)

5077 En cuanto á dar mas de una copia original, deben observarse las reglas siguientes:

5078 «Siendo el instrumento de tal naturaleza que, aunque se presente duplicado, no pueda perjudicar à la otra parte porque no dé accion para reclamar su cumplimiento tantas cuantas veces se presente, como, por ejemplo, escritura de poder, venta, permuta, donacion, testamento, adopcion ú otro semejante, se halla facultado por sí y aun obligado el escribano del otorgamiento à dar cuantas copias le pidieren en cualquier tiempo los verdaderos interesados. Estas copias se llamarán *originales* como la primera.

5079 Muerto el escribano del otorgamiento, el sucesor en su oficio ni ningun otro puede dar copia alguna de los instrumentos que ante aquel pasaron, sin que preceda mandamiento judicial.

5080 Si la escritura es de aquellas en cuya virtud se puede pedir la deuda tantas cuantas veces se presente el original, como, por ejemplo: de obligacion de dar, pagar ò hacer alguna cosa, de imposicion de censo, de arrendamiento ú otro que puede dañar á la parte contraria; no debe dar por sí ò de propia autoridad el escribano ante quien se otorgaron ni otro alguno en ningun tiempo, mas copias que la primera aunque el interesado la pidiere con cualquier pretesto, bajo la pena de

perdimiento de oficio y resarcimiento de daños. (Leyes 10, tit. 19, Part. 3; y 5, tit. 23, lib. 10 de la Novis. Recop.)

5081 Para obtener el interesado en este último caso otra copia de la escritura, tiene que presentar ante el juez del lugar en que se otorgó un escrito que contenga las circunstancias siguientes:

1.ª Afirmacion con juramento de que la copia se estravió ó quemó sin culpa ni malicia del interesado.

2.ª Declaracion de ignorar su paradero.

3.ª De que el crédito no està reintegrado.

4.ª Obligacion, tambien bajo de juramento, de ecshibir la copia para que se rompa ó cancele, si pareciere en lo sucesivo.

5082 El juez manda citar á la parte contraria, y si esta confiesa la deuda ú obligacion ó nada alega en contrario dentro de tercero dia, accede á la solicitud y espide mandamiento compulsorio para que el escribano saque la nueva copia original. Esta deberá estenderse precisamente á continuacion del mandamiento, y todo se estenderá por nota en el protocolo para que conste en lo sucesivo. (Leyes 10 y 11, título 19, Part. 3; y 5, tit. 23, lib. 10 de la Novis. Recop.)

5083 Si el acreedor pidiere la renovacion de una escritura de deuda deteriorada, no hallándose destruida en lugar sustancial, y citada la parte contraria no lo contradigere ó no probare el pago ò cancelacion de la deuda, el juez debe mandar al escribano que la renueve conforme al registro.

5084 Si la escritura fuese de donacion, compra ú otra de aquellas cuya duplicidad no puede causar perjuicio, no estando rota ó destruida en lugar sustancial, puede renovarla el escribano sin mandato del juez.

5085 Pero hallándose el instrumento destruido en los lugares esenciales, no podrá ser renovado ni tendrà valor en juicio (Ley 12, tit. 19, Part. 3.)

5086 Cuando el escribano ha fallecido y ha desaparecido de su protocolo la escritura matriz, pero el interesado conserva la copia original, puede esta protocolizarse y servir de matriz ó registro en lo sucesivo, comprobados préviamente su signo y firma, recibida informacion del otorgamiento, de la legalidad, buen concepto y descuido involuntario del escribano, con la aprobacion y mandato judicial.

5087 Tomada razon en la contaduría de hipotecas de la escritura original, el registro ó protocolo de aquel oficio reemplazará al instrumento si se hubiere perdido ó estraviado. (Ley 2, tit. 16, lib. 10 de la Novis. Recop.)

5088 Esto es cuanto concierne al *original ó copia original* de las escrituras. Por *traslado trasunto ó ejemplar* se entiende la copia que por ecshibicion se saca, no de la escritura matriz, sino de la original ó de la que tiene carácter de tal, aunque no sea la primera. El *traslado* puede autorizarse por el escribano ante quien pasó el instrumento ó por cualquier otro.

5089 Ecsaminados los requisitos y circunstancias que deben contener las escrituras para reputarse como instrumentos públicos y hacer fé en juicio, puede analizarse con suficientes datos la prueba que por ese medio se practica.

5090 El instrumento público otorgado por escribano competente y con todas las formalidades de derecho, hace plena fé y prueba completa acerca de la declaracion ó contrata ó disposicion que contega. Y hace fé no solo entre los otorgantes y sus herederos, sino tambien para otras terceras personas en cuanto demuestra y justifica la certeza del acto á que se refiere.

5091 De los tres escritos diversos en que puede comprenderse el contenido del instrumento público, á saber: el *registro*, la *copia original* ó el *traslado*, el primero es el que verdaderamente hace plena fé y prueba completa. La copia original es la que comunmente se presenta en juicio, y tambien, teniendo todos los requisitos, legales es fehaciente y trae aparejada ejecucion, como se dirà en su lugar. Pero en algunas ocasiones, para fallar con acierto, acuerdan los jueces el reconocimiento del registro, y se coteja la copia original con el protocolo mismo.

5092 El *traslado* no hace fé sino contra quien le produce, á no estar dado con auto de juez y citacion de parte, ó aunque no intervenga esa solemnidad, si está dado por el escribano del otorgamiento ó no se redarguye civilmente de falso.

5093 No hará fé el intrumento autorizado por escribano desconocido en el territorio en que se presenta sino se legaliza por dos ò tres escribanos que certifiquen de la firma, signo y legitimidad del escribano que le autorizó. Pero si el instrumento es tan antiguo que pase de cien años, no necesita para hacer fé de esa legalizacion.

5094 El instrumento otorgado en pais estranjero ha de contener certificacion del embajador, cónsul ú otro ministro representante de S. M. C. sobre la legitimidad y conformidad con las leyes y pràcticas del pais, segun Real órden de 7 de octubre de 1783, y debe acompañarse la traduccion legalmente autorizada por la interpretacion de lenguas con arreglo á lo prevenido por Reales órdenes de 30 de junio de 1837 y 24 de setiembre de 1841.

5095 Puede redargüirse de falso un documento en juicio *criminal* ó *civilmente*. La *falsedad criminal* de un instrumento es su falta de verdad; la *falsedad civil* su falta de solemnidad y eficacia legal. Por consiguiente es *falso criminalmente* un instrumento cuando se ha forjado maliciosamente y sin verdad, ó cuando se han hecho en él alteraciones esenciales con malicia: y es *falso civilmente* cuando carece de algunas de las circunstancias prevenidas por la ley para que haga fé. La falsedad criminal envuelve precisamente la falsedad civil; pero no al contrario.

5096 Inducen presuncion de falsedad en los instrumentos, el mal concepto de la persona que los presenta, si está acostumbrada á producir otros falsos y contiene el presentado vicio notable; la mala construccion y la diversidad de estilo del que se supone su autor; las clàusulas ó precauciones no acostumbradas que contenga, á no hallarse suficientemente justificada su insercion; la diferencia de papel, firma y signo; la tardanza no justificada en producirlos; el hallarse en un libro antiguo cuando à la sazon no se hacian tales documentos, ó en papel reciente, siendo el documento antiguo; la inverosimilitud del acto que refiere; la circunstancia de ser muertos todos los testigos cuando el documento es reciente, ó haber muerto el uno y firmar el otro que no

presenció el otorgamiento; el haberse estrechado ó ensanchado los renglones sin necesidad visible, el hallarse cortado, roto, destruido ó manchado en lugar sustancial, y el carecer de la solemnidad que requiere, &c.

5097 Puede invalidarse y redargüirse criminalmente de falso un instrumento público en los casos siguientes:

1.º Cuando por otro de igual clase ó por deposicion de cuatro testigos idóneos consta que el otorgante se hallaba en sitio tan distante del otorgamiento que no pudo naturalmente haber venido al acto durante el dia en que se supone realizado. (Leyes 117, tit. 18, Part. 3; y 32, tit. 11, Part. 5.)

2.º Cuando el escribano asegura con toda certeza en la presencia judicial que no hizo el instrumento, y fuere de buena fama y no se hiciere prueba en contrario. (Ley 115, tit. 18, Part. 3.)

3.º Cuando los testigos instrumentales mayores de toda escepcion declaran que no se hallaron en el otorgamiento, y el escribano ademas es hombre de mala fama y el instrumento reciente. En otro caso prevalece contra todo la fé del escribano. (Ley 117 citada.)

4.º Cuando por otro instrumento público ò el dicho de cuatro personas fidedignas resulta indudablemente que alguno de los testigos del otorgamiento habia muerto con anterioridad á este acto, ó se hallaba ausente á tal distancia que no podia presenciarle. (Ley 117 citada.)

5.º Cuando se niega al escribano la calidad de tal y no se prueba, y el instrumento no es muy antiguo. (Ley 115 anterior.)

6.º Cuando el escribano por quien se dice autorizado el documento declara que no es suya la letra, firma y signo que como tales aparecen en él, y no se probare plenamente lo contrario. (Ley 118, titulo 18, Part. 3.)

5098 Si ha muerto ó se halla ausente el escribano á mucha distancia, ha de procederse al reconocimiento por peritos que bajo de juramento cotejen la letra, firma y signo con otros del mismo escribano, y este cotejo producirà un dato que apreciará oportunamente el juez teniendo presentes todas las demas circunstancias del asunto.

5099 Puede invalidarse y redargüirse *civilmente* de falso por los motivos que siguen:

1.º Incapacidad en quien lo autoriza.

2.º Ilegitimidad del acto á que se refiere por ser de los reprobados por derecho.

3.º Falta de las solemnidades prevenidas por las leyes.

4.º Vicio en su redaccion, estension &c.

5100 Suscitada la cuestion de falsedad de un instrumento que procede de otro, debe cotejarse con el protocolo ú original con citacion contraria.

5101 Si alguna de las partes presentase en juicio dos instrumentos contradictorios entre sí, no hará fé ninguno de ellos y ambos serán desechados como inútiles é ineficaces.

5102 Aun cuando el instrumento no valga, se puede justificar su contesto por testigos ó por otro medio legal. En la prueba de testigos instrumentales se incluye el escribano; mas no cuando se hace por otro

instrumento, porque no ha de considerársele como escribano y testigo à un tiempo mismo.

5103 Aunque la parte que produce el instrumento diga y proteste que solo quiere usar de él en lo que le sea favorable, no le servirá; pues no obstante su protesta, le dañará lo que contenga contra ella, y una vez presentado antes de la contestacion, està obligado à reproducirlo en la prueba, ya diga ó no su contrario que quiere redargüirlo de falso civil ó criminalmente.

5104 Los instrumentos públicos se llaman tambien generalmente *auténticos*: pero se dá especialmente esta denominacion por algunos autores à aquellos que están corroborados por el sello del rey, príncipe, prelado, corporaciones, personages de alto carácter y dignidad &c. Estos hacen fé en contra de quien los mandó sellar; pero no la hacen en materia de contratos ú otra semejante, porque tales actos deben autorizarse con la presencia de escribanos públicos.

5105 Tambien pueden llamarse auténticos los instrumentos autorizados por personas públicas, encargadas en algun ramo especial, las actas, registros de algunos cuerpos, los libros llamados sacramentales y otros semejantes. En estos por lo comun cabe la prueba de la autenticidad misma, es decir; la justificacion de que se hallan autorizadas al efecto por las personas que aparecen estarlo, y estas tienen el carácter público y necesario para ese fin, y cabe asimismo el ecsámen y cotejo de los originales &c.

5106 Los *privilegios* ó concesiones de los soberanos en favor de alguna persona, comunidad ó pueblo, son otra clase de instrumentos, por cuyo medio puede probarse en juicio las concesiones ó gracias hechas, su observancia ú otros fines, segun la legislacion vigente lo permita.

5107 Por último, el otro miembro principal de la division de los instrumentos como medios de prueba es el de los *instrumentos privados*. Entiéndense por estos aquellos documentos que carecen de la autorizacion de escribano ú otra semejante.

5108 Divídense en varias clases: en vales ò pagarés, recibos ó resguardos, libros de cuentas, cartas y otros.

5109 El instrumento privado no hace fé ni prueba por sí solo en juicio á menos que en él no se reconozca por su autor. Por su negativa ó por falta del reconocimiento, se comprueba por dos testigos idòneos que declaren con juramento y citacion contraria. Su cotejo y confrontacion con otros escritos del mismo autor de indudable autenticidad, aunque resulte la conformidad con la letra y firma, no producen tampoco prueba completa; pero siempre es un dato importante para la valuacion de la prueba.

5110 La parte contra quien se presenta el documento privado puede reargüirle de falso é intentar prueba contra el mismo.

SECCION V.

Inspeccion ó vista ocular.

5111 Cuando los hechos ó circunstancias que se refieren á la cues-

tion del litigio son tales que se hallan sujetas á la inspeccion material, pueden probarse en juicio por la simple vista y reconocimiento del juez y el escribano. Asi sucede algunas veces cuando se trata sobre la situacion de edificios, términos de pueblos ú otros objetos semejantes.

5112 Por su naturaleza este medio de prueba es de los mas preferibles. Se practica pasando el juez con la asistencia del escribano y dos testigos y los litigantes, si quisieren, à cuyo efecto se les cita préviamente, á ver por sí el objeto que es susceptible de esta inspeccion, y estendiéndose una acta firmada por todos de lo que el juez viere y observare.

5113 Puede practicarse esta prueba à solicitud de cualquiera de los litigantes, y puede el juez decretarla tambien de oficio en cualquier estado del litigio antes de fallarle.

SECCION VI.

Presunciones ó conjeturas.

5114 Son estas, como medios de prueba, las que se deducen del modo mas constante y comun de obrar en los hombres ó del órden de la naturaleza, ó las deducciones que se hacen por la ley de un hecho conocido para la averiguacion de otro desconocido.

5115 Dividense pues en presuncion legal ó de *derecho*, y en presuncion *natural* ó *de hombre.*

5116 La presuncion legal se subdivide en presuncion *solo* de *derecho*, y *de derecho* y *por derecho.* La primera es la que se halla mencionada en las leyes como una sospecha ó conjetura fundada y razonable, por ejemplo: naciendo en un mismo parto dos gemelos, varon y hembra, se presume nacido primero el varon: muertos el marido y la muger en un mismo lance, se presume muerta primero la segunda: muertos el padre y el hijo del mismo modo, se presume que murió antes el padre, si el hijo fue mayor de catorce años. (Ley última, tít. 33, Part. 7.)

5117 La presuncion de *derecho* y *por derecho* es la que debe tenerse por cosa cierta y verdadera segun las leyes, por ejemplo: los hijos habidos en una muger casada se presumen legítimos (ley 9, título 14, Part. 3): el ausente en tierra lejana despues de diez años, siendo fama pública su fallecimiento, se presume que ha muerto (ley 14, tit. 14, Part. 3): el que prueba que una cosa fue de su padre ó abuelo tiene à su favor la presuncion de ser suya. (Ley 10, tit. 14, Part. 3.)

5118 La presuncion de hombre es la que no està establecida por la ley, y puede ser de diferentes clases segun el grado de probabilidad en el raciocinio.

5119 La presuncion de *derecho* y por *derecho* puede probar plenamente: la presuncion de derecho puede producir el mismo efecto no habiendo prueba contraria: la presuncion natural ó de *hombre* no produce mas que semi-plena probanza.

SECCION VII.

Ley ó fuero.

5120 *La ley ó fuero*, que asi Febrero como otros autores enumeran entre los medios de probar en juicio, no tiene verdaderamente aplicacion para justificar la certeza de los hechos, sino para dividir el litigio con arreglo á su disposicion y en vista de lo que resulte probado.

5121 Si los litigantes son estrangeros y la cuestion versa sobre acto celebrado en su pais, ha de decidirse con arreglo á sus leyes. Siendo españoles, ha de observarse lo prevenido en la ley de Toro, que es la 3, tít. 2, lib. 3 de la Nov. Recop.

SECCION VIII.

Fama ó notoriedad.

5122 Entiéndese por esta propiamente, como medio de probar el juicio, la comun opinion ó creencia que tienen todos ó la mayor parte de los vecinos de un pueblo acerca de un hecho, afirmando haberle visto ú oido referir à personas ciertas y fidedignas que lo presenciaron.

5123 Participando de esa opinion solamente algunos de la generalidad de un pueblo, no designando su orígen, se llama *rumor*.

5124 La fama procedente de personas morigeradas y fidedignas produce semi-plena probanza en negocios civiles, debiendo apreciar siempre el juez las circunstancias de este y de los demas medios de prueba de que se hubieren valido los litigantes, para valuar su mérito y arreglar el fallo definitivo.

5125 En hechos antiguos, en cosa de leve perjuicio, en las de dificil prueba, ó tratándose de la muerte de alguno en guerra, naufragio ó parte remota ò en otros casos semejantes, puede la fama llegar á constituir prueba completa en las causas civiles, si concurre con otras circunstancias y presunciones dignas de algun crédito y atencion.

5126 Para estimarla como prueba de la muerte del ausente, parece la opinion mas acertada la de no reputarla como tal, si se supone muerto el ausente de poco tiempo y el punto donde falleció está cercano: se considerará la fama como prueba, si se le reunen las circunstancias siguientes:

1.ª Corroboracion con otras presunciones y datos; como su generalidad, la larga distancia del punto donde se supone el fallecimiento, la ausencia del muerto por mas de diez años, la justificacion de su edad avanzada, la de haber estado en campaña, &c. (Ley 14, titulo 14, Part. 3.)

2.ª Justificacion de la fama misma por dos testigos mayores de toda escepcion que aseguren haberlo oido á la mayor parte de las personas determinadas y fidedignas del pueblo, y que no tengan ningun interés en su declaracion.

3.ª Que la fama proceda de causa razonable; como si el supuesto difunto se embarcó y, habiendo habido un temporal, no se tuvieron

mas noticias de su persona ni del buque en que navegaba, y otros casos semejantes. No probàndose la muerte en bastante forma, solo podrá el que intenta suceder al que supone difunto, solicitar que bajo de fianza se le encargue la administracion de sus bienes.

5127 Para que la fama generalmente pruebe en juicio se requiere tambien,

1.° Que sea uniforme, constante, perpetua y no vaga, leve ni contraria.

2.° Que proceda de personas honradas y fidedignas.

3.° Que se pruebe legítimamente á lo menos por dos testigos mayores de toda escepcion, como se dijo para acreditar la muerte del ausente.

4.° Que no sea posterior al principio del pleito.

SECCION IX.

Reconocimiento de peritos.

5128 Por la importancia y frecuencia de este medio de prueba puede juzgarse distinto de la prueba testifical, en la cual le comprenden comunmente los autores.

5129 Empleàse este medio en el juicio cuando la cuestion litigiosa comprende algun punto sujeto al conocimiento pericial por referirse los hechos á algun arte, oficio, profesion ú objeto semejante. Tienen pues las declaraciones de los peritos, ademas del carácter de la de los testigos, el de dictámen ú opinion atendible en materia sujeta á conocimientos especiales.

5130 Han de buscarse para este efecto los que por su profesion, arte ú oficio los tengan sobre la cuestion del litigio.

5131 Cada uno de los litigantes nombrará igual número. Este nombramiento se comunicará alternativamente á los interesados y á los peritos que han de aceptar el encargo, jurando desempeñarlo bien y fielmente segun su saber é inteligencia, y han de instruirse con anticipacion de lo que van á ejecutar.

5132 Cabe la recusacion de los peritos por justa y legítima causa, y el nombramiento de un tercero por el juez, que con aceptacion y juramento dirima la discordia, si entre ellos la hubiere.

5133 Para la diligencia del reconocimiento debe señalarse préviamente dia y hora, y citarse à todos los interesados. Se practica por lo comun con la presencia judicial, y se redacta por el escribano en la forma ordinaria firmando todos los concurrentes.

TITULO LXXIII.

Del término de prueba.

5134 El término de prueba es el espacio ò plazo que se concede á los litigantes para evacuar todas las diligencias judiciales que conducen á la demostracion de los hechos que justifican sus pretensiones.

5135 El tiempo que se concede para probar, ó se prefija por la ley, ó por el arbitrio del juez; al primero se llama legal y al segundo judicial: el primero se divide en ordinario y estraordinario.

SECCION I.

Del término legal ordinario.

5136 El termino legal ordinario para la prueba, tanto en los juicios de mayor cuantía como en los de comercio, es el de ochenta dias, cuando la prueba ha de hacerse en la península, y si de puertos allende, ciento veinte en el fuero comun; pero si los testigos están fuera del reino ò en provincias ultramarinas, puede el juez conceder seis meses, ó el tiempo que considere necesario habida consideracion à la distancia del pueblo del litigio, cantidad ó calidad del negocio y personas litigantes. (Art. 130 de la ley de enjuiciamiento en asuntos de comercio, y leyes 1, 2, 3 y 4 tit. 10, lib. 11, Novis. Recop.)

5137 En los tribunales de comercio ó asuntos de esta clase, tratados en los tribunales ordinarios, cuando la prueba se haya de hacer en pais europeo fuera del territorio español ó en las islas Canarias, el término será de seis meses; si en las islas Antillas, continentes de América, Africa ó en las escalas de Levante, de un año; y si en las islas Filipinas ú otro pais fuera de los espresados, de dos años y no mas. (Art. 131 de la ley de 24 de julio de 1830.)

5138 Cuando parte de la prueba se ha de evacuar fuera y parte dentro del reino, deberá hacerse cada una dentro del término que respectivamente la está asignado, segun la opinion de algunos prácticos; mas en el dictámen de otros puede hacerse toda ella en el término mas largo: porque como el objeto de la ley en designar los ochenta dias consiste en no dejar en el arbitrio de los jueces dilatar las pruebas y los pleitos, cuando nada puede hacerse hasta la conclusion del término mayor, es indiferente que se oigan las pruebas despues de los ochenta dias, toda vez que se guarden los demas requisitos.

5139 Para obtener el término ultramarino estraordinario, es necesario.

1.° Que se pida en tiempo con el ordinario, bien sea cuando el pleito se recibe á prueba, ó cuando se solicita pròroga, para que corran los dos al mismo tiempo; pero si se pidiese el estraordinario pasado el ordinario, no se puede conceder. (Ley 4, tit. 10, lib. 11, Novis. Recop.) Si fuese el pleito sobre asuntos de comercio, se ha de pedir dentro de los ocho dias siguientes á la notificacion del auto de prueba. (Art. 133 de dicha ley de 24 de julio.)

2.° Que se espresen los nombres y apellidos de los testigos que han de deponer el lugar de su residencia, y dentro del término de treinta dias justifique, no solo que se hallan en aquel, sino tambien que estaban en el mismo al tiempo que sucedió el hecho litigioso.

3.° Que jure el que lo pide que no lo hace de malicia y por solo alargar el pleito.

4.° Que deposite las costas que el juez gradúe gastará el contrario en ir à presenciar la prueba, debiendo ser condenado en ellas si saliese fallida.

5140 En los negocios mercantiles se confiere traslado de la solicitud por término de tres dias, y si hay oposicion, oido al que lo pretende, se decide por providencia que cause estado; y si practicada la prueba resulta maliciosa ó no se practica, se condena al que la pidió en una multa equivalente al tercio de lo que se litiga, pero no sin hacer depósito.

5141 El término ultramarino ordinario tiene lugar cuando el hecho que se pretende probar ha acaecido en América ú otros paises remotos y los testigos están en los mismos ú otros puntos lejanos, en cuyo caso se conceden medio año, uno ó año y medio, ò el que el juez estime preciso.

5142 Cuando se solicita este término, no se necesita la concurrencia de los requisitos del término estraordinario, porque no se puede temer la malicia que en este, ó al menos la circunstancia de haber ocurrido en aquel punto hace presumir que no haya mala fé.

SECCION II.

Del término judicial.

5143 Como los jueces no están obligados á conceder todo el término que la ley señala para la prueba, sino que por el contrario se les encomienda que solo concedan el necesario, lo mas comun es recibir los pleitos à prueba por un plazo menor que el de la ley, que suele ser el de veinte dias.

5144 Pero como tampoco puede privarse á los litigantes de la libertad de probar por todo el tiempo que la ley concede, serà lícito à los mismos pedir la pròroga del término señalado por el juez, cuando no lo crean suficiente.

5145 La prórroga puede pedirse ó de todo el término de la ley, ó solo de una parte de el; pero en diferentes veces podrá solicitarse hasta llenar éste.

5146 Para que el juez defiera à la prorogacion es necesario que la pida dentro del término señalado, y que éste no sea el legal; pero si

no la solicitase hasta despues de fenecido el plazo concedido por el juez, no se puede acceder á aquella, no obstante que la parte solicitante jure y justifique que estuvo imposibilitada para practicar su prueba: porque en primer lugar, ó fuera preciso abrirla de nuevo, lo que no puede hacerse sin contrariar la ley, ó unir los dos tiempos, cosa imposible, porque hay un intermedio que lo impide; y en segundo, porque á título de semejantes justas causas se daria lugar á parcialidades y defraudaciones.

5147 Todos los términos de prueba, sean los primeros ó los prorogados, corren de momento en momento, distinguiéndose únicamente en el tiempo en que pueda principiar.

5148 El primer término, es decir, el que se señala en el auto por el que se recibe el pleito á prueba, corre desde el dia siguiente al de la última notificacion; pero el prorogado desde el dia siguiente al del último término, escepto cuando la solicitud de próroga se hizo en tiempo oportuno, pero el auto recayó despues de terminado aquel. (Ley 33, tít. 16, Part. 3.)

5149 El auto de prueba ha de notificarse tambien á los litigantes contumaces; cuando la peticion de pròroga se hace dentro del término pendiente, no se necesita espresar la causa por la que se pide, y el juez por tanto ha de acceder à ella llanamente, aunque sea para probar hechos acaecidos de puertos allá.

5150 Para evitar contestaciones entre las partes sobre si la próroga se solicitó ó no en tiempo, debe el escribano poner diligencia que haga fé espresiva del dia y hora en que se presentó el escrito, advirtiéndose que el escribano està obligado á recibir el pedimento, aunque sea de noche.

5151 Todo término de prueba corre continuadamente, aunque sean feriados la mayor parte de los dias, á la manera que corre tambien el concedido para apelar. (Ley 24, tít. 23, Part. 3.)

5152 Cuando los dias feriados son repentinos ó tiene que suspenderse el despacho por causas involuntarias, como la invasion de enemigos etc., està obligado el juez á considerar suspenso el término de prueba para evitar la indefension de la parte; y para ello deberà pretenderse por la parte á quien interese semejante declaracion despues de transcurridas las ferias.

5153 Cualquiera que sea el plazo concedido para probar, bien por primer término, bien por prorogacion, es comun á los dos ó mas litigantes y todo para cada uno, contándose siempre en la forma que queda espresada.

SECCION III.

De la suspension del término de prueba.

5154 La suspension del término de prueba no estaba determinada por ley alguna del reino; pero la práctica mas justa, aunque abusivamente, habia admitido este recurso, que usado y tolerado podia acarrear perjuicios si se fundaba en la mala fé, pero útil y equitativo apoyándose en justas causas. El reglamento provisional de administracion

de justicia convirtió la práctica en ley, permitiendo á los jueces que acuerden la suspension del término probatorio, toda vez que se alegue causa de manifiesta utilidad. (Disp. 4, art. 48 del reglam. prov.)

5155 Asimismo cuando durante la prueba se introduce algun artículo perjudicial, se debe pedir la suspension del término, y acordada, permanece en suspenso todo lo relativo à la prueba mientras que se declara lo conveniente respecto aquel.

5156 Empieza la suspension desde el dia en que se presenta el pedimento pretendiéndola é introduciendo el artículo, aunque mucho despues se defiera á ella, ò por ejecutoria se declare no haber lugar á este. Mientras dura, ninguna de las partes, sabiéndola judicialmente, puede hacer prueba; y si la hace y la contraria respondió cuando se la citò, que queria hallarse presente à juramentar los testigos, compulsar instrumentos ò hacer otro género de prueba (cuya respuesta debe admitir el escribano comisionado, y señalarle dias, horas y parage, para que concurra, sin que necesite dar pedimento à este fin, porque no hay ley que lo prevenga), y por haber formado el artículo no asistiò; es nula como hecha fuera del término legal y sin la correspondiente solemnidad, por lo que se han de volver á juramentar los testigos á su presencia, y cotejar los instrumentos presentados y compulsos, si no quiere pasar lo actuado durante la suspension.

5157 Pero si en los dias que señalaron y mediaron antes de notificarsele la suspension se juramentaron algunos testigos, pueden ser ecsaminados durante ella por haber sido juramentados en tiempo hábil, aunque á consecuencia de la citacion para su juramento no le hubiese presenciado; y lo propio milita si se sacaron ó comprobaron despues de ella algunos documentos, en cuyo caso no debe la otra parte pedir nulidad de lo actuado, ni aunque la pida ha de deferirse à ella, pues de no haber asistido échese á si mismo la culpa, porque el juez ó escribano que entiende en la probanza no tiene obligacion de esperarle, ni con este motivo debe causar costas al litigante cuya prueba hace, como lo dice espresamente la ley 23, tít. 16, Part. 3.

5158 Cuando la suspension se concede por tiempo determinado ó à virtud de causa temporal que se sabe cuando concluye, sin necesidad de nueva providencia vuelve à correr el termino por lo que falta.

SECCION IV.

Del órden de proceder en la prueba.

5159 Recibido el pleito á prueba, nada se puede hacer que no se dirija à demostrar aquellos hechos en que fundan su intencion el actor y sus escepciones el reo.

5160 Como la prueba es la base en que ha de fundar el juez la decision final de derecho, claro es que tendrá que probar todo litigante que afirme un hecho que haya de determinarse por la sentencia, à menos que este sea confesado por la parte contraria.

5161 En las acciones reales, si el actor ó demandante no probase su derecho, aunque el reo tampoco acredite sus escepciones, no por eso la sentencia declararà que el actor pide con justa causa, sino que

se limitará à absolver al reo; v. g si uno pide en uso de la accion reivindicatoria que se le declare dueño de una finca y demas estremos que son consiguientes, pero no prueba plenamente su demanda, aunque el poseedor ó reo tampoco acredite que es suya la finca, la sentencia deberá ser absolutoria, porque no es consecuencia que por no ser una cosa cualquiera del que la pide, haya de ser del que esta poseyéndola.

5162 En los interdictos posesorios tambien necesita probar el actor, porque de no pertenecer la posesion al demandado, no se infiere tampoco que pertenezca al demandante.

5163 La contestacion á la demanda puede ser absolutamente negativa en cuyo caso nada tiene que probar el demandado, ademas de que sería ecsigirle un imposible, ó puede hacerse oponiendo una escepcion afirmativa, la que tendrá que probar porque su defensa encierra un hecho que necesariamente tiene que decidirse en la sentencia definitiva; mas si en caso de esta escepcion no confiesa al mismo tiempo ser cierto el contenido de la demanda, quiere decir que tendrá tambien que probar su intencion el demandante, porque aunque pruebe el reo la escepcion, no resulta cierto y verdadero el derecho alegado por aquel. Finalmente, cuando el reo escepciona un hecho negativo absoluto, incumbe al actor esclusivamente la prueba.

5164 Recibido el pleito á prueba, tienen que tomar los autos las partes para instruirse de lo que de ellos resulta, y proceder á practicar la que á cada uno convenga.

5165 Al efecto se comunican los autos á las partes, sin que á ninguna de ellas se conceda un derecho preferente para tomarlos, porque el termino es comun y las leyes nada disponen sobre este particular: escepto en los negocios mercantíles, en los que con arreglo á la ley de enjuiciamiento, art. 137 ha de tomarlos primero el actor y despues el reo, pudiendo tenerlos en su poder cada uno de estos por término de tres dias.

5166 Sin embargo, el órden regular de tomar el proceso es el mismo que se sigue en los demas procedimientos del juicio; de manera que primero se entregan al actor si este los pide, ó los piden uno y otro al mismo tiempo, pero con la obligacion de devolverlos en tiempo oportuno para que pueda recogerlos despues el reo y hacer su prueba.

5167 En muchos juzgados se procede equivocadamente en esta parte, creyéndose que cada uno de los litigantes tiene derecho para tener en su poder los autos la mitad del término concedido para la prueba; pero esta doctrina no es ecsacta, porque no hay ley alguna que ordene lo que debe hacerse en esta parte, y sí se debe graduar por el juez segun crea que cada uno de los litigantes los ha de necesitar por mas ò menos tiempo: porque si fuese cierta la doctrina que rebatimos, equivaldria á decir que no era igual la condicion de los litigantes, porque el que primero tomaba los autos gozaba todo el término de prueba, tanto para practicarla, como para instruirse, en tanto que el otro solo tenia la mitad del término.

5168 Cuando por una de las partes se presente escrito alegando que la otra tiene en su poder el proceso y no lo devuelve, y solicitando que se le mande hacer asi, el juez deberá tener en consideracion para

mandarlos devolver el tiempo transcurrido y que falta que transcurrir del señalado para probar, y los hechos que necesitará acreditar, no olvidàndose de que al actor se le debe permitir menos tiempo que al reo para ecsaminar los autos, ya porque al tiempo de proponer la demanda debió presentar los instrumentos y preparar todas las probanzas que fuesen necesarias para la demostracion de su derecho, puesto que nadie le obligaba á demandar mientras que no las tuviese dispuestas y corrientes, ya tambien porque aunque se le manden devolver y los tome el reo, en nada perjudica al actor.

5169 Toda prueba presentada en el principio del juicio debe reproducirse en el término de prueba para que tenga efecto; y si fuese de testigos, habrán de ser juramentados con citacion de la parte contraria: si algunos hubiesen fallecido ó estan ausentes en parte remota de donde no puedan regresar para ratificarse, se ha de recibir informacion de abono á instancia de la parte que los produjo, con testigos fidedignos que depongan sobre su religiosidad y que no dudan diria la verdad en su declaracion, y que se debe dar entera fé y crédito á cuanto espuso en ella; que saben que muriò ò que està ausente en el pueblo ò provincia que sea, por haberlo oido de público y notorio. Pero si precedió citacion á su ecsámen, no es necesario que se ratifiquen, bastando solo que se reproduzcan sus dichos en la prueba.

5170 En la ratificacion pueden los testigos añadir, quitar y enmendar lo que depusieren en la primera declaracion, segun se acuerden y hayan pensado mas detenidamente sobre los hechos que fueron interrogados, y para ello se les debe leer á la letra su declaracion, y valdrá, si por otro motivo no claudican sus aserciones.

5171 Se suscita la cuestion de si los testigos juramentados dentro del término de prueba podràn ser ecsaminados pasado este. Los autores sientan diferentes opiniones, porque la ley nada dice espresamente sobre el caso, ni concediendo que se ecsamine, ni prohibiéndolo. Tres opiniones se sostienen con igual empeño: la una afirmativa, la otra negativa, y la otra que sienta un término medio, consistente en distinguir entre los casos en que el plazo fenecido no es el de la ley, sino el que el juez señalò á su arbitrio, y el de los ochenta dias de la ley: y en el primer caso vuelven à distinguir, si el auto se dió recibiendo á prueba con señalamiento de término para probar y haber probado, ó solo para probar. Los que hacen estas distinciones opinan que cuando el término espirado sea legal no pueden ser ecsaminados los testigos, en razon á que la ley cierra la entrada à toda prueba despues de fenecido el plazo; pero si fuese el convencional, y la fórmula del auto solo abrazase la condicion de *para probar*, entonces deberán recibirse las declaraciones de los testigos antes juramentados, en razon á que la fórmula del auto estaba cumplida con la sola presentacion dentro del término señalado.

5172 El señor conde de la Cañada opina que en todo caso en el que el término fenecido no sea el legal há lugar al ecsámen de testigos juramentados en tiempo porque como el plazo que venció pendia de la voluntad del juez consignada en un auto interlocutorio, y este es reformable por el mismo juez que le diò, ó bien espresamente, ò bien por hechos que induzcan iguales efectos, se convence

con toda evidencia que cuando el juez recibe juramento à los testigos dentro del término señalado en el auto de prueba, y reserva recibir las declaraciones para despues de él, se entiende que le proroga por todo el tiempo necesario para concluir aquella probanza. El citado señor conde no discurre en este caso con toda la solidez propia de su ingenio, ni demuestra lo que se propone porque se funda en un principio equivocado. Señalado una vez el término de prueba por el juez, concluye su mision y no le es lícito prorogarlo sino à instancia de parte; y como esta no lo hace, puesto que sabiendo que sus testigos no están ecsaminados, calla y no pide la pròroga, claro es que tampoco podrá acordarla el juez de oficio: ademas de que en caso de que esto le fuera lícito, tendria que dictar providencia por escrito, porque no les es permitida otra cosa á los jueces. Por otra parte, sabido es que la próroga produce un verdadero término de prueba dentro del que pueden las partes hacer de nuevo todas las que les plazca, ademas de las practicadas, y por consiguiente que en el supuesto de que hubiese una prorogacion tàcita podrian los litigantes presentar nuevas pruebas; pero como esto no es asi, es evidente que no hubo tal prorogacion.

5173 En nuestro juicio, cualquiera que sea la clase de término que haya espirado, no pueden ecsaminarse despues de fenecido este á pesar de que antes hayan sido juramentados, porque todas las leyes á una voz prohiben la práctica de diligencias de prueba fuera del término señalado. Creemos que únicamente podrá el juez ecsaminar á los testigos referidos en uso de la facultad que le està concedida para averiguar la verdad por todos los medios que esten à su alcance, dando al efecto auto para mejor proveer en el que preceptúe el ecsámen de los testigos.

5174 Se acostumbra tambien en la práctica á recibir los autos á prueba por via de justificacion con término perentorio, de tal modo que aunque despues se pida pròroga, no se concede; pero esta clase de providencias no deben adoptarse mas que en los juicios sumarios, en los que las providencias finàles no causan estado y por consiguiente son despues reparables en el plenario, y serà muy conveniente usarlas con economía, porque semejante práctica no se funda en ley alguna.

TITULO LXXIV.

De la publicacion de probanzas.

5175 Concluido el término de prueba, ecsigen los derechos de la propia defensa que se hagan públicas las practicadas por cada una de las partes, con los objetos de que estas vean si han probado ó no su accion ò escepciones, se instruyan de las hechas por la parte contraria, y puedan probar la falsedad de estas del modo que las leyes permiten. (Leyes 37, tit. 16, Part. 3; y 11, tit. 17, Part. 3.)

SECCION I.

Del órden de proceder á la publicacion de probanzas.

5176 No pudiendo los jueces dar paso alguno en los pleitos civiles sin que preceda peticion de alguna de las partes, es indudable que el auto de publicacion no podrá recaer sino cuando asi se solicite por alguno de los litigantes.

5177 No habiéndose establecido por las leyes un término dentro del cual se haya de pedir la publicacion de probanzas; y por otra parte, siendo doctrina incontestable que dentro del término de prueba no debe revelarse à las partes el resultado de las practicadas; serà regla general que la publicacion no pueda hacerse sino despues de fenecido el término probatorio, y sí pedirse ésta en cualquiera tiempo y cualquiera que sea el plazo trascurrido.

5178 En el tiempo intermedio desde la conclusion del término de prueba hasta la publicacion no deben admitirse pruebas de testigos, ni tampoco las instrumentales, á menos que estas se presenten con el juramento que la ley ecsige.

|| El señor conde de la Cañada, ecsaminando con escrupulosidad cuantas razones apoyan las opiniones afirmativa y negativa que sobre esta materia han sentado los pràcticos, se decide por la admision de la prueba de testigos que se presenta pasado el término probatorio y antes de la publicacion de probanzas, prévia citacion de la parte contraria, concediendo para que comparezcan à deponer un breve término que no produzca considerable dilacion. Respetable es la opinion de tan ilustrado jurisconsulto; pero no podemos adherirnos á su juicio, ya porque la disposicion terminante de la ley asi lo ordena, y todas las razones de equidad sucumben ante ella, ya porque semejantes interpretaciones llevan consigo mayor número de daños que de ventajas. La ley 34, tit. 16, Part. 3, tratando de las pruebas que las leyes presen-

tan, dice: «mas si los plazos fuesen pasados, non gelos deben despues rescebir. Salvo ende carta ó instrumento. Ca esto bien gelo puede rescebir ante de las razones cerradas.» A la vista de una ley tan clara y terminante no cabe interpretacion de ninguna especie, ni por mas que se apoye la opinion contraria en razones de equidad y buena fé, por mas que se quiera protestar el deseo de averiguar la verdad, aquella opinion no debe practicarse, porque la verdad solo es lícito averiguarla por los medios que las leyes tienen establecidos. ||

5179 Pasado el término de prueba, cualquiera de las partes puede presentar escrito pidiendo que se haga la publicacion de probanzas.

5180 El juez debe proveer en este caso un auto confiriendo traslado à la parte contraria por término de tres dias para que esponga si està ó no pasado el término, ó si tiene algun motivo para pretender que por entonces se haga la publicacion.

5181 Si pasados los tres dias nada contestare, y el que pidió la publicacion acusa una rebeldía, el juez debe deferir á la pretension y mandar que se haga la publicacion, uniéndose las pruebas hechas al proceso, con espresion en diligencia que haga fé de las que cada una de las partes haya practicado y de los folios que contienen, ó fé negativa de no haberlas hecho.

5182 Cuando las partes no hiciesen prueba alguna pasado el término señalado para probar, ó los ochenta dias si hasta ellos se hubiese ampliado, pueden las partes á su arbitrio, ò concluir para definitiva, ó pedir que se les entregue los autos para alegar de su derecho: aunque la pràctica mas uniforme es la de pedir la publicacion, porque aunque la una parte no haya hecho prueba alguna, puede ignorar si la otra ha practicado cualquiera de aquellas que no necesitan citacion

SECCION II.

De los efectos de la publicacion.

5183 Como uno de los objetos de la publicacion de probanzas es el de que los litigantes puedan ver recíprocamente todo lo que se ha justificado por medio de testigos, instrumentos ó cualquiera otra clase de pruebas, es consiguiente que se necesita acordar la entrega del proceso.

5184 En la misma providencia de publicacion se mandan entregar los autos á las partes por su órden, es decir, primero al demandante y luego al demandado, para que aleguen de bien probado. (Ley 1, título 15, lib. 11, Novis. Recop.)

5185 Del escrito ó alegato que presente el actor en virtud de la comunicacion que se le ha hecho del proceso, se confiere traslado al reo para que esponga lo que estime oportuno, y del de éste al actor por via de instruccion y para que concluya para definitiva, á menos que se interpongan artículos de restitucion ó de tachas.

5186 Aunque estos no concluyesen espresamente con la sola presentacion de los dos escritos, la ley declara el pleito por concluso, y el juez en nombre de esta debe declararlo en cumplimiento de su deber. (Ley 1, tit. 15, lib. 11, Novís. Recop.)

5187 El término legal concedido para alegar de bien probado es el de seis dias para cada litigante. (Ley 1, tit. 12, lib. 11, Novísima Recop.)

5188 Algunos prácticos opinan que esta disposicion debe tener lugar únicamente cuando los pleitos sean leves, porque en otro caso el juez deberá conceder el tiempo que considere necesario: no nos parece infundado este dictámen, porque la prohibicion de prorogar los términos, establecida en el reglamento provisional, art. 48, no se hace estensiva al concedido por la ley en este caso.

TITULO LXXV.

De la restitucion del término de prueba.

5189 La doctrina sentada en el título precedente no tiene lugar cuando alguno de los litigantes es menor de veinte y cinco años, ó goza el privilegio de tal, como el fisco, las iglesias, los concejos, universidades, hospitales, colegios aprobados por el gobierno y demas corporaciones lícitas.

5190 Los menores y los tenidos por tales pueden pedir la restitucion del término de prueba para probar aquello que omitieron en el término ordinario.

SECCION I.

De los requisitos necesarios para gozar de la restitucion.

5191 Ademas de la edad ó circunstancias necesarias para gozar de la restitucion *in integrum*, es indispensable para que el menor pueda usar de la del término de prueba

1.º Que la pida dentro del término de quince dias contados desde la notificacion de la publicacion de probanzas. (Ley 3, tit. 13, libro 11, Novis. Recop.) No obstante, como esta ley solo determina el tiempo hasta el que los menores pueden pedir la restitucion, podrá pretenderla luego que espiren los ochenta dias ó el término concedido, y concluido el de la restitucion, pedir la publicacion como si aquella no se hubiera solicitado.

2.º Que acredite ser menor de 25 años ó ser reputado por tal.

3.º Que la pida espresamente en debida forma. (Dicha ley 3.)

5192 Para estimarse la restitucion y concederse el término no es preciso acreditar la lesion ó causa que da motivo á usar de aquel recurso, sino que es suficiente hacer ver que tiene las cualidades necesarias el que la pretende.

5193 Contra el término estraordinario ultramarino no hay restitucion, salvo si se habia concedido para la prueba principal, en cuyo caso si se pide despues, se ha de conceder el preciso, aunque esceda al ordinario, para que el litigante no quede indefenso por este motivo.

5194 La cualidad de menor ha de tenerse durante el término de prueba; y por lo mismo, si antes de proveerse esta ó de concluir el término señalado cumple los veinte y cinco años, ya no puede pedir la restitucion, porque ha cesado la causa que dá motivo á ella.

5195 Si muere el menor en la menor edad y su heredero es mayor, goza de la restitucion porque ha cesistido la causa del privilegio; mas al contrario, si el menor sucede al mayor, cuando este murió den-

tro del término de prueba y en tiempo que pudo hacer la suya, gozará el heredero del privilegio porque él ha dado lugar á la falta de prueba; pero si falleció el mayor pasado el término, puesto que el heredero recibe las cosas en el estado en que éstas se hallaban, no puede pedir restitucion de término que no ha sido suyo.

5196 Si la restitucion se pide en la segunda instancia sobre nuevas escepciones no opuestas en primera, ó que no lo fueron en el tiempo y con las solemnidades necesarias, y por tanto se repiten, hecho el juramento de no alegarlas con malicia, se concederá para probarlas la mitad del término concedido en primera instancia.

5197 Cuando la restitucion se pide en la tercera instancia ó súplica, se han de guardar las mismas reglas anteriormente espuestas: pero no se ha de pedir la restitucion de los quince dias, porque no se puede conceder, ni el término ha de pasar del que en la misma súplica se concedió para probar.

SECCION II.

De los efectos de la restitucion.

5198 Como la restitucion en virtud de la ficcion de la ley repone las cosas al estado que tenian antes de haber fenecido el término de prueba, es consiguiente que el nuevo concedido ha de ser comun para ambos litigantes, porque de lo contrario seria un absurdo considerar el pleito en estado de prueba para el uno y terminada esta para el otro.

5199 Por lo mismo en virtud de la restitucion uno y otro litigantes pueden ampliar su prueba, pero únicamente en cuanto á las escepciones alegadas. (Ley 3, tit. 13, lib. 11, Novis. Recop.)

5200 Mas el no privilegiado no puede, hecha publicacion de probanzas, alegar escepciones nuevas en la misma instancia pidiendo que el pleito se reciba á prueba para justificarlas por medio de testigos, por la razon de presumirse que cuando ya tenia noticia de las pruebas del contrario, intentaria sobornar los testigos para contradecirla; pero sí podrà probar las nuevas escepciones por medio de la confesion de la parte ó por instrumentos públicos que presentará con el juramento de la ley. (Ley 1, tit. 13, lib. 11, Novis. Recop.)

5201 Lo anteriormente espuesto no tiene lugar cuando la escepcion que de nuevo se alega versa sobre falsedad ó suplantacion de alguno de los instrumentos producidos en juicio sobre los que nada articuló ni probó en contrario, porque en semejante caso se recibe el pleito á prueba por un término que el juez debe graduar segun las circunstancias; pero siempre es necesario que jure no haber llegado antes la escepcion à su noticia, y que las pruebas de que intente valerse para acreditar la escepcion sean claras y concluyentes, porque de otro modo no deben ser admitidas.

5202 Pedido y concedido una vez el privilegio de la restitucion, no puede volverse atras el privilegiado ni renunciarle, à menos que el contrario preste su consentimiento, porque este adquirió derecho para aprovecharse de él, y no debe despojársele contra su voluntad.

5203 El privilegio de la restitucion procede de derecho mero, y

por consiguiente como una de las actuaciones ordinarias y legales, se debe conceder sin necesidad de oir al contrario confiriéndole traslado. (Ley 3, tit. 13, lib. 11, Novis. Recop.)

|| El señor conde de la Cañada, despues de haberse hecho cargo de cuantas leyes y reflecsiones pueden hacer relacion á la necesidad de que los menores prueben haber recibido daño por no practicar todas las pruebas que á su derecho conviniera, y sobre si debiera abrirse juicio sobre la necesidad de probar ó no que estaban en el caso de gozar de la restitucion, se espresa en los términos siguientes: «Todas es»tas disposiciones y los fundamentos en que se justifican proceden sin »reparo en el caso de no haber hecho el menor probanza; pero ha»biendo ejecutado la que estimaron conveniente sus defensores, pare»cia necesario que probase el menor para obtener restitucion de am»pliar la prueba, que la hecha no alcanzaba á probar plenamente su »intencion, y que estaba espuesto á perder la causa si no la aumenta»ba; y este ecsámen y conocimiento, aunque fuese instructivo y bre»ve, traeria gravisimos inconvenientes por ser necesario para estimar »este incidente cotejar los hechos de la prueba del menor con el mé»rito de la causa principal, descubriendo el juez en su progreso el »juicio que hacia de ella antes de llegar á la definitiva; y aun enton»ces seria poco segura la decision en diferir á la restitucion ó negarla; »y en el conflicto del daño que podria sufrir el menor si se escluyese »la restitucion pedida, y el que podria traer la dilacion de la causa »por admitirla, debe ocurrirse en cualquiera duda al primero, asi por»que toca à su natural defensa como porque el juicio del juez inferior »acerca de estimar la probanza hecha por el menor en el término or»dinario de la ley, no le pondria en seguridad de sus derechos; pues el »juez de la segunda y ulteriores instancias podrian dudar de aquella »prueba y apetecer otra mas completa que hubiera hecho el menor en »uso de la restitucion pretendida, y no podria practicar en la segunda »instancia por ser relativa à los mismos artículos ú otros derecha»mente contrarios propuestos y comprendidos en la prueba de la pri»mera instancia.» ||

5204 En el auto en que el juez accede à la solicitud de restitucion debe señalar el término dentro del que han de practicarse las nuevas pruebas, que nunca podrá pasar de la mitad del que se habia concedido para la prueba principal.

5205 Concedido una vez el privilegio de restitucion en un pleito cualquiera, no puede el juez volver á conceder otro nuevo, á pesar de que el menor lo solicite y pruebe haber recibido daño ò no haber practicado la prueba suficiente, en razon á que si otorgara dos veces la restitucion, hubiera dos reposiciones en el pleito ó dos estados diversos, lo cual envolveria una contradiccion en el órden natural de las cosas.

5206 Como en virtud del recurso restitutorio se repusieron las cosas al primer estado que tuvieron, es decir, al estado de prueba, y por consiguiente todas las actuaciones posteriores se consideran no ecsistentes, es de necesidad que fenecido el nuevo término se haga otra vez publicacion de probanzas, y que se conceda nuevo plazo para alegar de tachas.

5207 Si el litigante no privilegiado hubiera alegado tachas antes de que el menor solicitase y se le concediese la restitucion, y á virtud de la pretension del primero se hubiera abierto el juicio sobre aquellas, tiene que suspenderse durante el término restitutorio, y fenecido este volverà á abrirse el juicio suspenso.

TITULO LXXVI.

De las tachas de testigos.

5208 Como los litigantes suelen valerse para probar su intencion de testigos que no merecen fé en juicio, al menos en lo relativo al asunto para el que han sido presentados, como acontece con los parientes, íntimos amigos ó enemigos de la parte contraria, ó tambien por la forma en que han sido ecsaminados; las leyes han tenido que conceder á los litigantes el derecho de esponer antes de la sentencia las tachas que tengan los testigos, y de probarlas cuando no sean manifiestas.

5209 Las leyes de Partida para evitar que se practiquen pruebas inútiles permiten oponer las tachas personales en el acto de recibir las declaraciones, y conforme à ellas mismas, se debia suspender la prueba principal entrando desde luego á las de las tachas alegadas hasta recaer sentencia sobre estas. (Ley 11, tít. 3, Part. 3.)

5210 Pero como este órden de proceder llevaba consigo perjuicios de incalculable trascendencia, se trató de atajarlos por las leyes recopiladas procurando hacer compatibles el derecho de tachar con la marcha del pleito, y al efecto se permitió alegar las tachas personales en el término de prueba, mandando que probasen despues de hecha la publicacion.

SECCION I.

De las especies de tachas.

5211 Las tachas que pueden oponerse à los testigos son de las especies siguientes:

1.ª Por incapacidad legal absoluta ó respectiva.

2.ª Por incapacidad natural.

3.ª Por defectos cometidos en el órden, forma ó tiempo de ser ecsaminados.

4.ª Por inverosimilitud en sus declaraciones.

5212 De las tachas relativas á la incapacidad se trató al hablar de los testigos en general.

5213 Las tachas que nacen del modo de ser ecsaminados los testigos, consisten ó en la falta de jurisdiccion del juez que los ecsaminó, ó en haberlo hecho fuera del término competente, ó sin guardar secreto, ó recibiendo la declaracion á muchos testigos á la vez, ó sin citacion de la parte contraria, ó por no haber sido presentados los testigos, y por otras causas del mismo género.

5214 Son tachables tambien por falta de verosimilitud siempre que las deposiciones sean oscuras, inciertas, contrarias, inconducentes ò estensivas á objetos no comprendidos en el articulado, y principalmente cuando los testigos no dan razon de sus dichos.

5215 Cuando las tachas proceden de incapacidad natural evidente, como la del ciego para deponer en cosas que se ecsije la vista, ó cuando nace de culpa ó delito, puede el juez repeler de oficio su dicho porque la ley le prohibe testificar por el bien público, y asi no tiene facultad la parte para habilitarle; pero si la inhabilidad no es legal sino respectiva á los litigantes, y estos la pueden remitir, v. g. por ser domésticos, parientes, amigos, enemigos etc. no debe repelerlos sino á su instancia, porque con su silencio es visto que los aprueban y habilitan.

SECCION II.

Del tiempo en que se han de proponer las tachas.

5216 Segun la ley 1, tít. 12, lib. 11, Nov. Recop. deben proponerse las tachas dentro del término de seis dias siguientes al de la notificacion de la publicacion de probanzas.

5217 No obstante la disposicion anterior, los prácticos, ecsaminando su contesto y teniendo presentes otras razones de equidad, disputan si el término de los seis dias ha de ser comun á los dos ó mas litigantes, ò si cada uno de ellos ha de gozarlos separadamente despues que hayan llegado à su noticia las deposiciones de los testigos. Si para resolver esta cuestion se consultan las leyes anteriores, se observará desde luego que todas ellas convienen en que el término para alegar tachas debe contarse desde que hubo motivos para conocerlas. La ley 1, tít. 4, lib. 3 del Ordenam., ocupándose de esta materia, dice: «E »presentados los testigos dentro de los términos de la probanza, segun »mandan las leyes de este nuestro libro y segun fuero y uso de nues»tra córte, é publicados sus dichos y dada la copia de ellos á las partes, »sea asignado término perentorio de ocho dias á ambas las partes pa»ra contradecir y tachar los testigos que quisieren, ansi en dichos co»mo en personas.» En la ley 37, tít. 16, Part. 3. se establece la misma doctrina, puesto que se manda que el juzgador dé traslado de los dichos de los testigos á las partes para que el demandante pueda ver si con los suyos ha probado su intencion, y el demandado se pueda acordar si ha de decir alguna cosa contra ellos. Ademas, ni con arreglo à la ley recopilada juzgamos que puede sentarse que el término de seis dias corre al mismo tiempo para uno y otro litigante, porque asi lo esplican, si no espresamente sus palabras, al menos el sentido de ellas y el órden de proceder que establece. Dice esta: »mandamos que hecha la publicacion de los testigos en cualquiera de las instancias, cada una de las partes que quisiere decir su intencion de bien probado, ó tachar é contradecir en dichos ó en personas los testigos y probanzas que la otra parte hubiese presentado, lo diga y alegue dentro de seis dias despues de hecha la publicacion y notificada á la parte ó su procurador, y no desde en adelante.» Visto es por el contesto de la ley

que el término para alegar de tachas corre à la vez con el de alegar de bien probado; y como este no principia sino despues que el un litigante que tomó los autos los devuelve y se entregan á la otra, quiere decir que para cumplir con la ley, ó era preciso sentar como doctrina corriente que todos los litigantes tienen que alegar dentro de los seis dias siguientes á la publicacion, ó que para tachar cada uno tiene igual término desde que se le entregó el proceso. Asi lo ecsijen tambien la razon y la justicia; porque conociéndose una clase de tachas de que las partes no pueden tener noticia hasta tanto que han recogido los autos, es evidente que tomados estos por el actor y reteniéndolos en su poder, como tiene derecho para hacerlo por término de seis dias, sería una injusticia obligar al reo á que alegase de tachas cuando estas no podian haber llegado à su noticia.

5218 Las leyes canónicas han ecsigido acaso con mas razon que las civiles que para que sean admisibles las tachas personales despues de la publicacion de probanzas, sea preciso que el litigante hubiese protestado hacer uso de ellas al recibir las declaraciones, ó de no haberlo hecho, que jure no habian llegado antes á su noticia ó que no las pone de malicia. (Cap. 31, *extra de test.*)

SECCION III.

De la forma en que han de proponerse las tachas.

5219 Por nuestro primitivo derecho basta alegar de tachas genéricamente para que no sean admitidas; pero convencidos los legisladores de que en semejante órden de proceder se abrigaba un recurso para detener maliciosamente el curso de los pleitos, se mandó que el que alega de tachas las especifique con toda claridad y distincion, espresando las causas de que dimanan; como si, por ejemplo, se tacha un testigo por homicida, será preciso determinar la persona á quien matò, el dia, lugar y forma; si por falsario, en qué tiempo y en qué pleito dijo falso testimonio. Necesita tambien jurar el que propone las tachas que no lo hace con malicia, y si son de especie infamante, que no usa de ellas con ánimo de infamar al testigo, sino por convenir asi à su defensa. (Ley 19, tít. 2.°, lib. 11, Novis. Recop.)

5220 El òrden de proponer las tachas que generalmente se observa para alegar de tachas, consiste en presentar un interrogatorio en el que se espresen éstas, pretendiendo que à su tenor sean ecsaminados los testigos con que intenta acreditarlas.

SECCION IV.

De la sustanciacion de las tachas.

5221 Alegadas estas dentro de los seis dias, el juez debe acordar si son ó no admisibles; pero se duda, porque la ley nada previene, si del escrito en que se alegan las tachas deberà ó no conferirse traslado al litigante contrario. El señor conde de la Cañada, fundándose únicamente en que la ley nada ha ordenado, y que cuando esta calla dá á

entender que no ha de conferirse, porque cuando asi lo quiere lo manda espresamente, es de opinion que el juez de plano ha de declarar la admision ó no admision, y en el primer caso recibirlas á prueba. No obstante, como el alegato de tachas produce un incidente de grande interes, parece lo mas regular, y asi se practica, conferir traslado al colitigante para que esponga lo que estime oportuno y por su parte alegue tambien las tachas que encuentre en las pruebas del contrario.

5222 Cuando sean admisibles las tachas propuestas por uno ó por ambos litigantes, el juez ha de señalar un término arbitrario para su justificacion, el que no puede esceder de la mitad del probatorio concedido para la prueba principal; por manera que si éste, ó desde el principio, ó por efecto de la prorogacion hubiere sido el de los ochenta dias que señala la ley, quiere decir que el de prueba de tachas no pasará en ningun caso de los cuarenta dias, mitad de aquel.

5223 En ninguna de las instancias se puede conceder restitucion para poner tachas, ni para probarlas ni recibirlas á prueba, hasta que pasen los quince dias despues de hecha la publicacion, cuando haya un litigante que goce de este privilegio.

5224 Cuando se hubiere concedido la restitucion y repuesto el pleito al estado de prueba, segun la opinion de algunos prácticos, puede desde luego recibirse el incidente de tachas; pero es indudablemente mucho mas fundada la opinion contraria: porque repuesto el pleito al estado de prueba en virtud de la restitucion, la publicacion hecha no tiene efecto alguno, y por consiguiente si en la ecsistencia de esta no se oye à ninguno de los litigantes sobre tachas, claro es que tampoco podrá admitirse la justificacion. Esta misma opinion se corrobora por la disposicion de la ley, que teniendo en consideracion que cuando hay un menor que litigue y puede usar de la restitucion, manda que hasta pasados los quince dias dentro de los cuales puede pedirla, no se reciba à prueba el incidente de tachas.

5225 Cuando no litigue ningun menor ni otra persona cualquiera que goce del privilegio de la menor edad, no se ha de esperar à que pasen los quince dias, sino que inmediatamente se han de recibir à prueba las tachas que se hubiesen propuesto.

5226 Cuando del alegato de tachas que hubiere presentado una parte se confiere traslado á la otra, se le ha de conceder para evacuarlo el término de tres dias, y si no respondiese dentro de ellos, acusada una sola rebeldía, si el juez estimase admisibles las tachas, deberá recibirlas á prueba; mas no considerándolas tales, declara no haber lugar á su admision, acordando que el reo evacue el traslado que se le confirió para alegar de bien probado, y de no hacerlo dentro del tiempo que la ley concede, acusada otra rebeldía, declarará el pleito concluso para definitiva.

5227 No se admiten en el fuero civil pruebas de tachas contra tachas, y por consiguiente para justificar las propuestas se han de presentar testigos fidedignos que no las tengan por su parte.

5228 En el fuero eclesiástico se admiten tachas contra tachas, por manera que se oirán las declaraciones de los testigos que depongan contra los que tacharon á los ecsaminados en la causa principal, à los

que llaman los canonistas reprobatorios de los reprobantes de estos. (Capítulo 49 *de exceptionibus contra testes proponendis.*)

5229 La parte que presentó à ciertas personas como testigos para causa propia, no puede tacharlas en el mismo juicio ni en otro cualquiera si se presentasen para que depongan contra ella misma. (Ley 31, tit. 16, Part. 3.)

5230 De la regla anterior se esceptúa el caso en que despues de su presentacion hubieren llegado à su noticia causas legítimas por las que puedan ser tachadas; porque asi como faltando esta circunstancia, debe creerse que en el hecho mismo de presentarlas las conceptuaban intachables, cuando llegasen á su noticia con posterioridad no hay méritos para esta presuncion.

5231 Pero si las tachas proceden de sus dichos, puede alegarlas y probarlas en el término que se le señale, bien sea que la tacha proceda de falsedad, contrariedad, error, equivocacion ú otro cualquiera motivo. (Dicha ley 31.)

5232 Los prácticos que desean que no perjudiquen las deposiciones de los testigos á la parte que los presentan, acostumbran á hacer una protesta en el pedimento con que presentan el interrogatorio, concebida en los términos siguientes: *que no ha de ser visto aprobarlos ni estar á sus declaraciones mas que en lo favorable.* No obstante esta protesta que comunmente se vé usada en la práctica, los dichos de los testigos que no tengan una tacha legal deben tenerse en cuenta al tiempo de la decision final.

5233 Fenecido el término concedido para probar las tachas alegadas, debe continuarse el pleito por sus trámites, sin resolver cosa alguna relativamente à estas.

5234 En los asuntos de comercio se han de proponer las tachas en el mismo escrito en que se alegue de bien probado, sin que para su justificacion se conceda término especial ni se admita otro medio de prueba que el de instrumento ó confesion judicial. (Art. 54 de la ley de 24 de julio de 1830.)

5235 Tambien es permitido despues de la publicacion de probanzas pedir confesion de la parte contraria sobre un hecho que resulte dudoso en las pruebas, pero por solo una vez. (Art. 156 de la misma ley.)

SECCION V.

Del alegato de bien probado.

5236 Concluido el término por el que se recibieron à prueba las tachas, se hace nueva publicacion de probanzas, y entregan los autos á las partes por su órden para que aleguen de bien probado.

5237 Si alguna de ellas no quisiere tomarlos, con solo acusar una rebeldía bastarà para declarar el pleito concluso para definitiva.

5238 Segun la práctica antigua, acusada una sola rebeldía, el juez acordaba que se hiciese saber á la parte que en término de tercero dia respondiese al traslado que se le habia conferido; pero estando mandado por el reglamento provisional que no se permita acusar mas que

una sola, el juez deberá mandar que se recojan los autos con escrito ó sin él, apremiando á la parte para su devolucion.

5239 Cuando sean muchos los litigantes, á cada uno de ellos se han de entregar los autos para el mismo efecto.

4240 En la antigua práctica cada una de las partes presentaba dos escritos antes de concluir; pero en el dia cada una de ellas presenta uno solo.

5241 El alegato no es una parte sustancial del juicio, y por tanto este no se anula aunque las partes no aleguen de su derecho en vista de las probanzas, bastando solo que concluyan para lo que haya lugar.

5242 Las leyes para comunicar los autos despues de la publicacion se han fundado

1.º En que luego que los litigantes vean las probanzas, pueden deliberar sobre si han de continuar ó no el pleito, librándose, si cediesen, de los gastos y molestias que llevan consigo los litigios.

2.º En que el alegato es una especie de defensa, en el cual se reunen no solo todos los hechos resultantes de los autos y las reflecsiones que de los mismos dimanan, sino que se impugna con conocimiento de causa todo aquello en que el adversario apoya su intencion.

3.º En que como las probanzas son una parte del juicio y ninguna de las diligencias que le constituyen deben ser reservadas, el que quiera de los litigantes debe tener derecho á ecsaminarlas.

TITULO LXXVII.

De la conclusion para definitiva.

5243 Luego que las partes han alegado y probado cuanto estimaron necesario para su defensa, llega el término del juicio y resta solo que el juez pronuncie la sentencia en que consigne el derecho que á cada uno corresponde; pero antes es preciso que se determine por una providencia, que se ha cerrado la entrada á toda clase de alegatos y defensas, en una palabra, que se declare concluso el juicio.

5244 Por lo espuesto se deduce que la conclusion abraza dos estremos; el uno consistente en la manifestacion que hacen las partes al juez de haber cerrado todas sus razones, y el otro en que este pueda hacerse cargo del proceso para dictar la sentencia.

5245 La conclusion pues es una parte sustancial del juicio, pídase ò no por los litigantes; de tal modo, que concluyéndose por uno de ellos, aunque el otro nada diga, se tiene por concluso legítimamente, y se salvará la nulidad del proceso con solo hacer saber á los litigantes el auto de conclusion.

5246 Cuando sean mas de una las partes contendientes, como sucede en los concursos, es preciso que concluya la mayor parte numérica; en cuyo caso se hàn por conclusos los autos conforme van concluyendo, y á la par que corre el traslado se van haciendo saber las providencias de conclusion, escepto cuando por la presentacion de nuevos documentos de la una alegó la otra, y al mismo tiempo concluye, porque entonces debe conferirse traslado del alegato á la que los produjo, aunque sean solos dos los litigantes, para que en vista de ellos alegue y concluya.

5247 A instancia de parte debe el juez declarar el pleito por concluso, si pasado el término que se le ha concedido para alegar, no lo hiciese.

5248 Cuando no se practicaron pruebas y un litigante pide la conclusion, se confiere traslado á la otra, y si esta nada contesta, acusada una rebeldía se declara concluso el pleito.

5249 Como uno de los efectos de la conclusion es cerrar la entrada à cualquiera prueba que se proponga de salvo, claro es que los jueces deben desechar todas las que se propongan por las partes. (Ley 34, tit. 16, Part. 3.)

5250 No obstante la terminante prohibicion de esta ley, autores de gran crédito y la práctica de los tribunales enseñan que despues de la conclusion para definitiva, son admisibles los instrumentos que se presentasen de nuevo por no haber llegado hasta entonces á noticia

del litigante. Las leyes que han tratado de la conclusion prohiben en general la presentacion de instrumentos despues de la conclusion; y aunque nada dicen de los de que se sepa despues de esta, parece la consecuencia mas legítima que denieguen su admision, porque siendo la conclusion el término hasta el que es lícito usar de las escrituras, se deduce que desde alli en adelante está prohibido lo que antes se permitia. Razonable es y justa indudablemente la opinion de los autores y la práctica que contrariaba la ley; pero cuando en el dia se ha prohibido por el art. 4.º del reglamento provisional que se alegue como escusa toda práctica contraria á la ley en la sustanciacion de los negocios civiles y criminales, parece que debe abandonarse la antigua y no admitir en caso alguno pruebas instrumentales despues de la conclusion.

5251 Sin embargo, dado el caso de que se admitan las escrituras posteriormente presentadas à la conclusion para la definitiva, habrán de observarse ciertas reglas, que al mismo tiempo que sirvan para impedir pretensiones maliciosas, contribuyan á la pronta aclaracion de la verdad, que es el primer objeto de todo procedimiento.

5252 El señor conde de la Cañada, Part. 1, cap. 11, núm. 1, 48 y siguientes, trata de esta materia con la ilustracion que le distingue; y por comprender todo cuanto puede decirse sobre este punto, juzgamos oportuno insertar literalmente su respetable opinion. «Su»puesta la presentacion de escrituras despues de la conclusion, toma el «juez un conocimiento pasagero de lo que contienen, y si concibe que »no conducen ni prueban la principal intencion de la parte, ó á lo »menos duda de ello, provee el auto siguiente:» «Pongánse con los au»tos para los efectos que haya lugar, sin perjuicio de su estado.»

5253 En esta providencia se contiene una reserva para declarar en la sentencia definitiva si há lugar ò no à admitir dichas escrituras; porque siendo este un artículo ó incidente conexo con el mérito de la causa principal, que pide mayor ecsámen y que no es de los judiciales que miran al órden del juicio; y teniendo por otra parte contra sí la ley que prohibe admitir escrituras despues de la conclusion, entra por todos respectos la regla de que puede el juez reservar la decision para definitiva, sin que en ella cause á las partes agravio que induzca nulidad ni injusticia que dé motivo para apelar de la enunciada reserva, que es sentencia interlocutoria.

5254 El instrumento que se presente despues de la conclusion, ha de tener la precisa calidad de probar la intencion del que lo produce de un modo claro y convincente; pues entonces tiene lugar la equidad que obliga à relajar la regla establecida de escluir toda prueba despues de la conclusion, aunque sea de instrumentos, para que no perezca aquella justicia que se toca como de bulto en la misma escritura; y como esta demostracion ha de resultar del reconocimiento del proceso y combinacion de las pretensiones, no es fácil decidir esta calidad sin mas alto ecsámen y conocimiento de la causa en lo principal.

5255 Si por el conocimiento que tomase el juez con respecto al estado en que se halla la causa para dar sentencia definitiva, ó suspenderla admitiendo las escrituras, hallase que estas no influyen en el mérito de la justicia, y que presentadas antes de la conclusion en

tiempo oportuno, no inclinarian el ánimo del juez á que la concibiese y declarase à favor del que las propone y presenta, entonces podrá estimar y declarar que no deben admitirse, y proceder en el mismo auto á dar sentencia definitiva en lo principal de la causa.

5256 Por este medio se ataja la malicia de los que usan en aquel tiempo de escrituras frívolas con el fin de dilatar la sentencia, si con solo presentarlas con el juramento indicado se hubiesen de admitir y comunicar á las partes contrarias, como seria preciso abriendo el juicio con alegaciones, escepciones de falsedad, comprobaciones y otras diligencias que dilatarian por mucho tiempo el fin de aquella causa.

5257 Pero si al tiempo de oir y de reconocer lo principal del proceso y cotejarlo con las escrituras presentadas, concibiese el juez que si son verdaderas y legítimas podrá formar nuevo juicio acerca de la justicia de la parte que las presenta, provee un auto admitiéndolas y mandando dar traslado de ellas á las otras partes que litigan, suspendiendo la sentencia definitiva.

5258 Si el juez por el contesto de la escritura concibiese al tiempo de su presentacion que con ella prueba la parte su justicia, siendo cierta, legítima y valedera, debe admitirla inmediatamente, comunicándola á las otras partes para que usen de su derecho y defensa en los términos y por los medios indicados en el caso antecedente.

5259 Puede tambien el juez recibir de oficio declaraciones despues de la conclusion, si lo creyese conveniente para averiguar la verdad, porque para él nunca concluye el pleito.

5260 Si al evacuar las declaraciones alguno de los testigos no hubiese sido ecsaminado por todas las preguntas del interrogatorio, el juez por sí ó á instancia de parte puede llamarle para que conteste à las preguntas ó esplique las que hubiera contestado confusamente; pero si no lo hiciese, no es apelable la providencia denegatoria. (Ley 2, tít. 12, Part. 3.)

TITULO LXXVIII.

De las sentencias.

5261 La sentencia puede definirse, como lo hace Escriche en su diccionario, por *la decision legítima* del juez sobre la causa controvertida en su tribunal.

5262 Divídense, generalmente hablando, las sentencias en *interlocutorias* y *definitivas*.

SECCION I.

De la sentencia interlocutoria.

5263 Llámase asi la que el juez pronuncia en el discurso del pleito antes de su terminacion, á la que comunmente se dà el nombre de providencia ò auto interlocutorio. La definitiva es la decision ó determinacion que con vista de todo lo alegado y justificado por los litigantes pronuncia el juez sobre el negocio principal, imponiendo fin con la absolucion, ó condena à la controversia que ante él suscitaron.

5264 Las providencias interlocutorias tienen fuerza definitiva cuando declaran por desierta una apelacion, cuando deciden sobre la competencia del juez, cuando deciden algun artículo sustancial, cuando deniegan la restitucion *in integrum*, cuando desechan alguna prueba sin la cual no puede justificar su derecho quien la intenta, y en otros casos semejantes.

5265 Se diferencia la providencia interlocutoria de la definitiva.

1.º En que el juez por regla general no puede ampliar ni enmendar ésta despues de publicada, y sí las interlocutorias en cualquier estado del juicio antes de su fallo, á menos que no la confirme ó revoque el tribunal superior.

2.º En que la definitiva puede justificarse en grado de apelacion por los mismos autos y otros nuevos; mas la interlocutoria se ha de determinar por lo que resulta justificado y escepcionado ante el juez inferior, sin que se admita nueva prueba ni otra cosa.

3.º En que para dictarse la providencia definitiva deben ser citadas precisamente las partes, porque faltando este requisito es nula; y para dar la interlocutoria no es necesaria la citacion, escepto que tenga fuerza de definitiva, ó sea de mucha entidad y pueda causar grave perjuicio.

5266 La providencia que contiene un mandato de pagar, si se dá sin conocimiento de causa ó con la cláusula de *si razon ó causa tu-*

viese (la persona á quien se le impone) *para no hacerlo, deduzca la* &c., se debe tener por sentencia interlocutoria, y compareciendo la persona á quien se refiere, se convierte en simple citacion. Hoy se han desterrado casi completamente en la pràctica estas especies de providencias que contenian el mandato referido, y que antes eran mucho mas frecuentes, y de ningun modo podrán tener otro concepto que el de una citacion ó traslado.

5267 Los jueces deben dar y pronunciar las sentencias interlocutorias en los asuntos criminales dentro del perentorio término de tres dias (regla 13, art. 51 del reglamento provisional para la administracion de justicia), y en los pleitos civiles dentro del preciso término de seis dias. (Regla 6 del art. 48, y art. 80 del reglamento provisional; y ley 1, tít. 16, lib. 11 de la Novís. Recop.)

5268 Las sentencias interlocutorias á diferencia de las definitivas, como antes se dijo, pueden reponerse por el mismo juez que las dictó; es decir; que este tiene facultad para dejar sin efecto *por contrario imperio*, como se dice en la pràctica, lo que mandó en una providencia interlocutoria por otra dictada posteriormente.

5269 La reposicion ha de solicitarse por la parte dentro del término de cinco dias contados desde la notificacion del auto que la motiva. Ese término es el designado generalmente por la ley para la firmeza y estabilidad de las providencias, y por tan fundada analogía se aplica esa disposicion legal al caso de que tratamos. No hay ninguna otra que tenga conecsion mas íntima y razonable, y mucho menos disposicion espresa que limite á tres dias el término para pedir reposicion, como por algunos se pretende.

5270 Para proveer sobre esta solicitud el juez debe dar préviamente traslado á la parte contraria à quien la deduce, y llamados los autos á la vista con citacion de ambas, declarar si há ó no lugar á la reposicion pretendida.

SECCION II.

De las sentencias definitivas.

5271 A las de esta clase corresponde verdaderamente en propiedad la denominacion de *sentencia*, cuya etimología es de *sentiendo*, voz latina que equivale à la castellana «sintiendo, juzgando, opinando», porque el juez declara ó decide en el pleito segun lo que *siente* ú opina.

5272 Debe el juez pronunciar la sentencia definitiva en las causas criminales dentro del perentorio término de ocho dias, que podrà estenderse à doce si la causa pasare de quinientas hojas, contados desde el siguiente inclusive al del auto en que se hubiere mandado citar las partes. (Regla 13, tit. 51 del reglamento provisional.)

5273 En las causas civiles el término que tienen los jueces para dar sentencia definitiva es el de veinte dias. (Regla 6, art. 48 del reglamento provisional, y ley 1, tit. 16, lib 11 de la Novis. Recop.)

5274 En los tribunales territoriales una vez dada cuenta de un negocio ú acabada su vista en cualquier grado, no se disolverán las salas hasta dar providencia. Mas si algun ministro deseare ver el ne-

gocio por sí mismo, deberá darse la sentencia dentro de los términos espresados, segun que la causa fuere civil ò criminal.

5275 En aquella en que conforme à la ley del reino se declare ser necesaria informacion de derecho, el término para la sentencia será el de sesenta dias improrogables contados desde el de la vista, preséntense ó no las informaciones de las partes. (Art. 80 del reglamento provisional.)

5276 Ha de pronunciarse la sentencia en vista de los autos, es decir, ecsaminados todos por el juez, citados ademas préviamente los litigantes, hallándose el juez en territorio de su jurisdiccion, y siendo dia hábil para proveer, segun la clase de actuaciones respectivas.

5277 Para darla deben los jueces todos atender á los verdaderos méritos del proceso, prescindiendo de las faltas de solemnidad en los trámites del juicio, siempre que no sea esencial como la citacion, prueba ú otra semejante, y atendiendo á la verdad que resulte probada segun la accion que se intentò. (Ley 2, tit. 16, lib, 11 de la Novísima Recop.) Dedúcese de aqui que si resultare probada la demanda por otro motivo ò accion distinta del que espresó su autor al proponerla, debe fallarse el pleito por lo que de las pruebas resulte. Pero si el actor prueba diferente cosa de la que demandó, deberá ser absuelto el reo de la instancia Asi quedará terminado aquel juicio; mas podrá volverse á ejercitar la accion sobre el mismo objeto.

5278 La sentencia debe guardar conformidad con la demanda, refiriéndose ecsactamente al objeto sobre que se litigò, al motivo que se espuso, y á la razon que se dedujo. Debe ser tambien arreglada à derecho, ha de recaer sobre cosa cierta, y no ha de escederse de lo pretendido.

5279 Si es sobre cantidad ilíquida, debe mandar el juez que se liquide, aprobando la liquidacion con audiencia de las partes antes de ejecutar la sentencia, como sucede en las de condenacion á dar cuentas, restituir herencia y otras semejantes, y en los juicios universales. (Leyes 1 y 16, tít. 22, Part. 3.)

5280 Si hay condenacion de frutos ó intereses, debe tasarlos el juez en la sentencia y no remitirlo á contadores. (Leyes 6 y 7, tít. 16, lib. 11 de la Nov. Recop.)

5281 La sentencia definitiva de absolver ó condenar debe ser clara; y en caso de haberse omitido en ella alguna circunstancia, ó por cualquier modo haya notable oscuridad, puede el juez aclararla convenientemente dentro de las veinte y cuatro horas de como la pronunció (leyes 3 y 4, tít. 22, Part. 3); pero no fundarlas en ningun caso, porque lo prohibe la ley 8, tít. 16, lib. 11 de la Novis. Recop.)

5282 Si el juez tuviere dudas para fallar el litigio y juzgare oportuna alguna diligencia, noticia ó informe para el esclarecimiento de la verdad, podrà mandar lo conveniente para traer al proceso esos nuevos méritos por auto que se llama *para mejor proveer*. En caso de grave duda ó incertidumbre debe absolver al reo, conforme á la regla constante de derecho.

5283 A veces acontece que en el ànimo del juez se produce la conviccion moral, es decir, que llega à convencerse de que un hecho es cierto, mas no halla en el proceso motivos esplícitos para apoyar ese

mismo convencimiento, de modo que pugnan, por decirlo asi, la conviccion moral y la conviccion legal. En este caso se absuelve de la instancia al reo. Se diferencia este pronunciamiento de el *de la libre absolucion* en que por este se impone perpétuo silencio, se termina el juicio para siempre y se produce la escepcion de cosa juzgada; y por el contrario, la absolucion de la instancia permite la posibilidad de un nuevo juicio sobre un mismo objeto.

5284 En la sentencia definitiva debe decidirse tambien sobre cuàl de los litigantes ha de pagar las costas del litigio, á menos que no corresponda que cada uno pague las causadas por su parte, sin hacer espresa condenacion en este punto.

5285 Deben ser las costas de cargo de uno solo, siempre que hubiere habido temeridad en promover y continuar el litigio. Entiéndese en este concepto por temerario litigante aquel en quien se supone mala fé ó falta de completa conviccion en la justicia de su causa por no haber probado su accion, si es el actor, ó su escepcion, si es el reo. Si resulta sin embargo alguna justificacion de su demanda, como por dos testigos, aunque hayan sido desvirtuados sus dichos, ó de algun otro modo se infiere que tuvo alguna justa causa para litigar, no se le supone temeridad ni recae espresa condenacion de costas en la sentencia definitiva.

5286 Mas por la de condenacion de costas no ha de apremiarse de modo alguno al litigante contra el cual hubiere recaido, ni compelerle á que dé fiador para su pago, si hubiere litigado como pobre.

5287 Se entienden como pobres en juicio para el efecto de administrarles justicia gratuitamente:

1.º Los jornaleros y braceros que se mantienen de su jornal. (Real cédula de 16 de febrero de 1824)

2.º Las personas que tengan renta de cualquier clase ó sueldo por el gobierno que no pase de ciento y cincuenta ducados anuales.

3.º Las viudas que no gocen mas de doscientos ducados de viudedad. (Real òrden de 30 de setiembre de 1834.)

4.º Los hospitales, hospicios y demas institutos de beneficencia. (Real órden de 20 de julio de 1838.)

5288 Para disfrutar de este beneficio es indispensable que quien lo solicita justifique que se halla en una de las circunstancias espresadas.

5289 La instancia en que se ofrece la informacion de pobreza se admitirà en papel de pobres, y la informacion se recibirá sin ecsigir derechos, bajo la pena de pagar quien los llevase el duplo del papel sellado. En el caso de no resultar justificada la pobreza, pagarà quien lo intentó las costas, é indemnizará á la Real Hacienda del papel sellado correspondiente. (Real órden de 15 de agosto de 1819.)

5290 Cuando la sentencia definitiva contenga condenacion de costas y hubiere recaido en favor del litigante pobre, los curiales percibiràn los derechos correspondientes al pobre de la parte á quien aquella se hubiere impuesto.

5291 No habiendo condenacion de costas, si ganase el pleito el pobre, solamente quedarà responsable al pago de estas con la cuarta parte de la cantidad percibida en virtud de la sentencia favorable.

(Disposiciones de los aranceles generales, mandados observar por Real órden de 29 de noviembre de 1837.)

5292 Pronúnciase esta por el juez, y escrita en los autos, se firma por el mismo y por el escribano, y se notifica desde luego á los litigantes ó sus procuradores.

5293 Pasados cinco dias de notificada la providencia, que es el término dentro del cual pueden los litigantes interponer el recurso de apelacion, si no lo hubieren interpuesto, la sentencia se entiende consentida. Mas para que surta los efectos de tal, recae siempre declaracion del juez á solicitud de una de las partes. Comunmente de esa solicitud se confiere traslado á la contraria, y es la práctica mas constante y acertada para evitar todo pretesto de reclamacion ulterior. Pero ese trámite no es tan esencial que su omision produzca nulidad en aquella declaracion si efectivamente corresponde.

5294 La sentencia consentida se dice pasada en *autoridad de cosa juzgada*. Por esta espresion se entiende en el foro (segun la define con su acostumbrado acierto el autor del diccionario de legislacion y jurisprudencia), «lo que se ha decidido en juicio contradictorio por »una sentencia válida, de que no hay ó no puede haber apelacion, »sea porque la apelacion no es admisible ó se ha consentido la sen»tencia, sea porque la apelacion no se ha interpuesto dentro del tér»mino prescrito por la ley, ó habiéndose interpuesto, se ha declarado »por desierta.»

5295 En este concepto la *cosa juzgada* tiene fuerza contra quien litigó y sus herederos, y debe ser ejecutada á instancia del litigante á quien favorece y de los suyos, y termina completamente toda cuestion que verse sobre el mismo asunto en que recayó. Contra este principio general y constante solo puede obrar la nulidad de sentencia, de que se tratará á continuacion.

5296 La cosa juzgada produce escepcion para la persona en cuyo favor recayó, siempre que la nueva demanda se entable sobre el mismo objeto, por la misma causa, entre las mismas partes y con la misma calidad.

TITULO LXXIX.

De la nulidad de la sentencia definitiva.

5297 Para intentar la reparacion del agravio que las partes pretenden habérseles irrogado por la sentencia, les quedan abiertos dos caminos ó recursos; el de nulidad, y el de apelacion: pasamos á tratar del primero.

5298 En el título anterior habemos enumerado las diferencias entre la sentencia definitiva é interlocutoria; ahora solo añadiremos que la doctrina vertida allí por Febrero y tomada por él de varios autores sobre la facultad del juez para revocar sus autos interlocutorios, requiere en su aplicacion un tacto muy fino, porque son muy dificiles de comprenderse y fijarse con claridad las distinciones que se hacen. Lo cierto es que la ley 2, tit. 22, Part. 3, no hace distincion de unas á otras interlocutorias cuando concede al juez la facultad de *tollerlas ó enmendarlas por alguna razon derecha*; y que, como dice Gregorio Lopez en su glosa 6, la opinion mas comun de los legistas y canonistas es que se puede revocar cualquiera interlocutoria, bien concierna á la ordenacion del juicio, bien á la decision de algun artículo. Pero esta doctrina, tomada en toda su latitud, es insostenible y sembraria la confusion en el foro; por lo que, dejando tambien á un lado las distinciones de los autores sobre autos meramente perentorios, segun ellos dicen, nos parece que encierra una idea mas clara sobre este punto la práctica de aquellos tribunales en que se pide la revocacion ò sobreseimiento de los autos que llaman respaldados, ó que se dan sin preceder traslado á la otra parte sobre su contenido.

5299 Tambien advertimos que aunque sea corriente en práctica la doctrina de Febrero sobre que la declaracion de sentencia deba pedirse antes que espire el término de apelar, la ley 15, título 23, Part. 3, no prefija ninguno; por lo que estrañamos mas la opinion y práctica de algunos abogados en pedirla dentro de las veinte y cuatro horas del pronunciamiento ó publicacion. Tal vez los haya inducido á este error el confundir con la declaracion de sentencia la facultad dada al juez en la ley 3, tit. 22, Part. 3, para enmendar su sentencia dentro del dia que la dió sobre frutos, rentas y costas; pero á mas de ser cosas muy diversas, esta ley no se halla en uso, ni habrà juez que se atreva á variar en lo mas mínimo sobre aquellos puntos la sentencia una vez publicada.

SECCION I.

Cuál sea la sentencia nula, cuál la injusta.

5300 La sentencia puede ser nula ó injusta. Llámase nula cuando se dá contra la forma y solemnidad que prescriben las leyes; injusta, cuando se dà contra el derecho del litigante. (Cap. 1 de *Ré judicat.*; Parlador, lib. 2, cap. últ., Part. 1, § 2, núm. 7.)

5301 Por esto piden los letrados al superior en las apelaciones que interponen, la declare nula ó la revoque como injusta; y los autores lo distinguen con los adverbios *rite et recte* (legitimamente y rectamente), de los que el primero hace referencia á la nulidad y el segundo á la injusticia.

‖ «La nulidad, dice el señor conde de la Cañada en sus juicios civiles, pàg. 233, consiste en la inversion del órden público que prescriben las leyes por forma sustancial de los juicios para habilitar y mantener la defensa natural de las partes; y cuando el juez falta à estos preceptos, obra con esceso ó nulidad; y el objeto del que se querella de tales procedimientos, es que se repongan. La apelacion se justifica con no haberse distribuido el derecho privado, suponiendo válido y legítimo el proceso.» Mas si esto es así, añadimos nosotros, ¿por qué se dice notoriamente nula la sentencia dada contra ley espresa, nula por cohecho &c.? En estos y otros casos pudo no haberse invertido el orden público y la ritualidad del juicio. ‖

SECCION II.

Causas de nulidad en la sentencia.

5302 Toda sentencia tiene á su favor la presuncion de haberse pronunciado segun la forma prescrita por derecho (cap. 16 de *sententia et re judicat.* Innocent. in cap. 18 del mismo título), con conocimiento de causa y por juez legítimo con jurisdiccion para darla, mayormente siendo superior. (Vela, disp. 48, núm. 5; Gutier., lib. 1, Práctica. q. 35; Covar. de Martin., cap. 8, § 1, núm. 7.)

5303 Cuanto mas antigua sea la sentencia, mayor es la presuncion de que precedieron para ella todos los requisitos y solemnidades sustanciales. (Salg. de *Reg. protect.*, cap. 1, núm. 49. Parej. *de edition.* tit. 2, resolut. 5, núm. 83.)

5304 Pero como toda presuncion cede á la verdad, puede impugnarse y rescindirse la sentencia siempre que pueda probarse que encierra el vicio de nulidad; aunque si las partes consienten la sentencia nula, se confirma esta porque el acto nulo convalece por su convenio y conformidad, como se dice en el derecho. (Leyes 2, cod. *commnuiæ utriusque judicii*, y 3, cod. *quomodo et cuando judex.*)

5305 A diez pueden reducirse las treinta causas por que, segun Marauta, há lugar á decir de nulidad contra el juicio y sentencia, à saber:

1.ª Por falta de jurisdiccion en el juez.

2.ª De legitimacion de la parte.
3.ª De citacion.
4.ª Por razon del lugar en que se dá la sentencia.
5.ª Por falta de alguna solemnidad.
6.ª Por error en la cantidad ó en otra cosa.
7.ª Por el tiempo.
8.ª Por el proceso ó modo.
9.ª Por iniquidad manifiesta.
10. Por darse bajo condicion. (Bayo, Prax. Part. 3, lib. 1, cap. 21; *de Guerrier. de division.* lib. 8, cap. 3, núm. 3.) pasamos à esplicarlas.

5306 Es nula la sentencia pronunciada por el juez que tiene prohibicion legal de serlo ó carece de potestad de juzgar, aun cuando antes la haya tenido si espirò la tal facultad ó le fué revocada por la ley ó por el delegante, aunque ignore la revocacion: de consiguiente será nula la pronunciada por juez lego sobre cosa espiritual. (Leyes 12 y 15, tit. 22, Part. 3.)

5307 Lo es la dada contra parte que no fué emplazada ó no estuvo legítimamente autorizada para comparecer en juicio; y lo será por tanto la que se dé contrà el menor de veinte y cinco años, loco, fátuo ó mudo y sordo por naturaleza sin audiencia de su curador, fuera de los casos en que el menor puede comparecer por sí en juicio. (Leyes 12 y 22, tit. 22, Part. 3.)

5308 La dada en lugar indecente, por ejemplo: en taberna. (La misma ley 12.)

O sin guardar los tràmites y solemnidades sustanciales de derecho. (Idem.)

O cuando en ella se padeció error de cuenta por parte del juez; como si dijese: condeno al demandado à que pague al demandante ciento que le debe por tal razon, y cincuenta que le debe por otra, que juntos hacen doscientos: en tal caso la sentencia solamente valdria en los ciento cincuenta, y no en lo demas que se aumentó por error de cuenta: pero si este viniere de parte de los litigantes, valdrà la sentencia en el todo. (Ley 19, tit. 22, Part. 3.)

O si se dió en dias feriados en que no podia darse. (Ley 12.)

O si no se dió por escrito, ó la dió el juez estando en pié. (La misma ley 12.)

O si fuese dada contra ley espresa, contra el derecho natural y buenas costumbres, ó contra otra sentencia con autoridad de cosa juzgada. (Leyes 12 y 13, tit. 22, Part. 3.) Pero en cuanto à esto último debe advertirse que si los litigantes contienden sobre si hay ó no cosa juzgada anteriormente, decidiendo el juez que no callan aquellos, ò en caso de apelar es confirmada la sentencia, quedará sin efecto aquella sobre que se disputa.

5309 Tambien es nula la dada bajo condicion ó à ejemplo de otra, á menos que sea al de la pronunciada por el rey como legislador en caso semejante. (Leyes 14, tit. 22, y 3 y 4, tit. 26, Part. 3.)

‖ Esto no puede hoy tener aplicacion, porque ni el rey juzga, aunque la justicia se administre en su nombre, ni legisla por sí solo. ‖

O contra el que no es súbdito del juez, fuera de los casos en que

aun no siéndolo, se hace por las razones que habemos espuesto al tratar de la competencia de fuero: (este caso de nulidad puede referirse al primero, que es la falta de jurisdiccion)

O contra hombre muerto, si no se cita á sus herederos; aunque hay crímenes, como lo es la traicion, en que sin este requisito se puede proceder despues de su muerte contra su fama ó bienes: (abolida la confiscacion, creemos que este delito se halla hoy en el caso de todos los otros)

O si se dá antes de la contestacion, ó no estando presentes los litigantes, ó al menos no siendo citados, pues basta que se les cite, aunque luego huyan ó no concurran: (estas causas de nulidad pueden tambien decirse comprendidas en los casos anteriores)

O sin pleno conocimiento de causa, porque en el juez no reside autoridad para mudar la forma del juicio

O si no tiene las palabras *condeno, absuelvo*, ú otras equivalentes. (Leyes 32, tít. 2; y 9, 10, 15 y 22, tít. 22, Part. 3.)

O si no se espresa la cosa ó cantidad cierta, á menos que se remita á los autos y conste en ellos: (repetimos la misma observacion acerca de estas causas de nulidad)

O si la causa ó fundamento que el juez menciona en ella es falso; bien que para que por esta razon no se alegue nulidad, es conveniente añadir: *y por lo demas que resulta de autos*: (el motivar ó fundar las sentencias está hoy dia prohibido, salvo en los recursos de nulidad ante el Supremo de Justicia)

O si en estos falta el poder ó legitimacion de personas: (queda ya dicho arriba que habia necesidad de repetirlo)

O cuando la sentencia escede de lo pedido ò no es sobre ello, ó si lo que se pide es cosa genérica y la sentencia se dá sobre cosa específica, ó es diversa en sí ó en la accion. (Ley 16, tít. 22, Part. 3, Salgado *de Reg. protect.* part. 3, cap. 7, núm. 225; cap. 8, núm. 27 y cap. 9, núm. 212, Parej. *de Edition.* tít. 5, resolut. 10, núm. 50; Parlad. diff. 70, núms. 10, 11 y 12.

5310 Es igualmente nula la sentencia de los jueces, sean ordinarios, delegados ó árbitros, pronunciada sin concurrencia de todos los comisionados para darla, aunque los ausentes envien à decir por escrito á los otros que la den, escepto que tengan para ello poder especial del que les confirió la comision.

5311 Pero si concurren todos y discuerdan, se ha de estar á la pluralidad de votos; si la discordia es igual en número, no vale la sentencia, y si unos condenan al reo en mayor cantidad que los otros, debe prevalecer el voto de estos como mas piadoso y equitativo. (Ley 17, tít. 22, Part. 3.) (Sea esto enhorabuena mas piadoso y equitativo; pero no rige hoy la tal ley 22 en cuanto á sentencias y discordias.)

5312 Es asimismo nula la que el juez lego pronuncia en pleito grave é intrincado sin consulta de asesor letrado; mas no si consiste en penas de ordenanza y denuncias, pues para darla sobre esto no necesita asesorarse. (Acev. ley 7, tít. 28, lib. 4, R.; Bobad. lib. 3, *Polit.* cap 28, núm. 255)

5313 La que se dá por testigos, instrumentos ú otras pruebas falsas.

O por haber corrompido al juez con dádivas, si se justifica que por el soborno juzgó inícuamente y no de otra manera; en cuyo caso puede rescindirse dentro de veinte años, no despues, y el juez incurre en la pena del triple. (Téngase presente lo que luego se dirá sobre el tiempo para pedir la nulidad.)

Y la que dió en virtud del juramento supletorio de una de las partes, siempre que la otra acredite con documentos legítimos que aquella se perjuró y la certidumbre de su pretension. (Leyes 13 y 24, tít. 22, y 1 y 2, tít. 29, Part. 3.)

‖ No habemos visto un solo ejemplar de sentencia dada á virtud de juramento supletorio. ‖

En cuanto á la nulidad de la sentencia por haberse dado con precipitacion ó sin haber procedido los jueces con el reflecsivo ecsámen de los autos que ordenan tan repetidamente las leyes, dice el señor conde de la Cañada en su obra antes citada, part. 1, cap. 12, núm. 9, lo siguiente: «La duda consistirà en poder asegurarse de si se dió con efecto la sentencia con aquel prévio y circunspecto ecsámen que mandan las leyes, ó con la precipitacion que resisten; y para resolver esta duda no hay ley que señale el tiempo y las circunstancias que lo manifiesten, y es preciso reservarlas al prudente conocimiento de los jueces superiores, atendiendo lo voluminoso del proceso, la entidad y gravedad de la cosa que se litiga, y las dificultades que se ofrecen en su decision: de manera que se venga á conocer casi con evidencia que el juez, por diligente y esperto que sea, no pudo tomar aquel ecsacto conocimiento de los hechos, que segun las leyes debe preceder á su juicio y sentencia.» De consiguiente ha debido ser siempre muy raro y aventurado el recurso ó medio de nulidad por este capítulo.

Mas al presente queda por resolver una duda de mayor gravedad y trascendencia. El artículo 41 del reglamento provisional para la administracion de justicia en un caso dado no admite nulidad sino cuando el juez hubiere dado su fallo contra ley clara y terminante, ó violado en algun trámite esencial las leyes que arreglan el procedimiento; y su espíritu parece ser marcar para todos los otros casos los mismos dos únicos capítulos ó causas de nulidad.

El Real decreto de 4 de noviembre de 1838 al dar la planta y forma de los recursos de nulidad para ante el supremo Tribunal de Justicia ha marcado igualmente las causas y casos en que pueda pedirse. ¿Habrán con esto desaparecido todas las demas causas y casos de las leyes de Partida? Y la nulidad que se pida de las sentencias de los jueces de primera instancia ò de las de vista, ¿habrá de ajustarse à las mismas reglas y causas?

A primera vista parece que ambas à dos preguntas ó cuestiones deben resolverse afirmativamente; pero sin embargo creemos que merecen bien la pena de ser tomadas muy sériamente en consideracion por el legislador, á fin de que haya claridad y certeza en la importante materia de nulidades. Entre estas, por ejemplo, se cuenta por leyes de Partida la de haberse dado la sentencia por testigos ò instrumentos falsos, y de ella asi como de otras vuelve á tratarse en el título 26 de la misma Partida 3, cuyo epígrafe es: «cómo se puede desatar el juicio que es dado por falsas cartas, ó por falsas pruebas, ò contra ley. ¿Podrá

decirse que ha desaparecido la nulidad motivada en la falsedad de los testigos ó instrumentos? Y no apareciendo antes de la sentencia, ¿dejará por esto de poderse reclamar cuando aparezca? Contribuye à aumentar estas dudas el lenguaje de las leyes de Partida y el de los autores que, como Febrero, hablan promiscuamente de nulidad, y de desatar, revocar ó rescindir las sentencias. ||

SECCION III.

Término para decir de nulidad contra la sentencia.

5314 La nulidad notoria que consta evidentemente de los autos, como cuando la sentencia es contra ley ò fuero, naturaleza ó buenas costumbres, ó falta alguno de los jueces nombrados para darla, ó espiró el tiempo prefinido para ello, ó la condenacion escede de la pena de la ley, ó contiene error de parte del juez, ó falta la contestacion de la demanda, ó las partes no son citadas para darla, ó fue venal, lo que sucede cuando se corrompió al juez con dàdivas, ó cuando se dió contra muerto, escepto en causa de traicion (nosotros no habemos admitido arriba esta escepcion), ó la nulidad es por defecto de jurisdiccion, puede intentarse como perpetua en cualquier tiempo, segun las leyes 3, 4 y 5, tít. 27, Part. 3, aunque no se haya apelado de la sentencia y se intentó contra tres conformes (Acev. Ley 2, tít. 17, lib. 4, Recop. núms. 25 y siguientes; y Gutier. lib. 1, Pract. q. 96); y las demas nulidades se deben intentar dentro de los sesenta dias siguientes al de la notificacion de aquella y no despues, bien se proceda por via de accion, bien por la de escepcion. (Ley 1, tít. 18, lib. 11, Nov. Recop.)

5315 Mas parece deber seguirse el dictámen del señor Covarrubias (Pract. cap. 25, n. 5, vers. *Ego contrariam teneo*), y que todas deben intentarse dentro de los dichos sesenta dias, porque la ley Recopilada, posterior à las de Partida, habla indistinta y absolutamente; manda que despues de pasados no sea oido mas el litigante; que si digere en ellos que es nula y se diese sentencia sobre esto, ninguna de las partes pueda alegar nulidad de esta sentencia, y sí solamente apelar ó suplicar de ella, segun sea el juez, y que de lo que se determine en estos grados ó instancias tampoco haya ni se permita recurso de nulidad. (Leyes 1 y 2, tit. 25, Part. 3, y la ley 1 Recopilada citada en el número anterior.)

|| Repetimos sin embargo las observaciones antes hechas, y téngase tambien en cuenta lo que en la seccion prócsima estractaremos del señor conde de la Cañada. ||

SECCION IV.

Ante quién y cómo ha de proponerse la nulidad.

5316 Si no se apeló de la sentencia, se ha de intentar su nulidad ante el mismo juez de la causa; y si se apeló, ante su superior, caso que se apelase principalmente de ella y no por incidencia; pero si se

apela solamente sobre el negocio, y se reserva el derecho de ventilar la nulidad ante el inferior, se ha de tratar ante este, sin embargo de la apelacion; y lo mismo procede cuando se intenta contra la ejecucion de la sentencia, de lo cual trata el señor Covarrubias (Pract. cap. 24, núms. 7 y 8 y cap. 25.)

5317 La nulidad de la sentencia, dice el señor conde de la Cañada, puede intentarse como accion directa sola, ò como acompañada de la apelacion; y esplica estos dos casos con dos modelos de pedimentos, que copiaremos al fin de este título.

5318 Puede tambien hacerse uso de la nulidad que contenga la sentencia por incidencia de la apelacion; y esto tiene lugar cuando solo se habla de su injusticia ante el juez que la dió y se apela de ella para el tribunal superior, en donde podrà motivarse la nulidad al mismo tiempo que se espongan las causas y fundamentos de la injusticia: este es el tercer medio señalado por los autores que cita.

5319 Para intentar y formalizar el recurso de nulidad como accion directa y sola, está señalado por ley el término de sesenta dias á contar desde la notificacion de la sentencia; y corre tambien el mismo término para intentarlo como accion principal juntamente con la apelacion, que es el segundo de los medios propuestos. La diferencia entre este y el primero consiste únicamente en que para salir acompañado de la apelacion y correr mejor suerte en su progreso, necesita anticipar y atemperar su uso al término de la apelacion.

|| No comprendemos bien al señor Cañada en esta última parte; porque, ¿cómo ha de haber sesenta dias, si la nulidad y la apelacion se han de intentar juntamente, y la apelacion se ha de interponer dentro de cinco? ||

5320 La nulidad, como accion principal, sola é independiente de la apelacion y de otro remedio, puede intentarse, conocerse de ella y declararse ante el juez que dió la sentencia definitiva, ó en el tribunal superior recurriendo á este directamente por via de queja, ó bien preparando el recurso ante el inferior que dió la sentencia, indicàndole la nulidad que contiene, y concluyendo con la sencilla pretension de que para proponer y mejorar mas en forma el competente recurso de nulidad en el tribunal superior, le mande dar testimonio de la enunciada sentencia y de esta pretension introducida en tiempo y forma; y con el testimonio se presenta ante el superior.

5321 Hay de notable que, segun el señor Cañada, proponiéndose la nulidad como accion principal, sola é independiente, puede conocer de ella el mismo juez inferior que dictó la sentencia, aunque se pretenda que es nula por la falsedad de los testigos ó instrumentos, ó por cohecho del juez: otros autores sostienen que cuando la nulidad de la sentencia proceda por injuria, soborno ú otra iniquidad del juez, no pueda este conocer del recurso por no podérsele obligar á que sea juez de su propia iniquidad, aunque la parte le muestre confianza: en este caso, pues, segun los autores insinuados, el recurso de nulidad, como accion directa y sola, debe proponerse ante el superior.

5322 Una vez sentado que para tratar de la nulidad principalmente puede tomar el actor á su arbitrio los dos caminos señalados, haciéndolo ante el juez inferior ó en el tribunal superior, convie-

ne mucho reflecsionar cuál de estos dos medios sea mas ventajoso y seguro á la misma parte interesada y à la causa pública.

5323 Si propone la nulidad ante el juez inferior que dió la sentencia, tocará al primer aspecto el desabrimiento que regularmente causa á los hombres el que les impugnen sus determinaciones, y mucho mas haciéndolo por causas que descubren su ignorancia, culpa ó iniquidad; pues hay muy pocos que quieran conocer y confesar sus yerros, y mucho menos su malicia; porque si la nulidad se funda en que el poder no fue suficiente, en que no se hizo publicacion de probanzas, habiéndola pedido la parte, ó en que no se concluyó ni citò para sentencias, ó en cualquier otro defecto sustancial que resulte de los mismos autos, arguye ignorancia ó culpa en el juez por no haberse instruido bien de los hechos del proceso, como disponen las leyes, ó no haber conocido los defectos legales que contenian; y si la nulidad se funda en colusion del juez, soborno ú otra causa que irrogue nota, será mas duro que la confiese y manifieste en su sentencia, declarando ser nula por esta razon la que habia dado en la causa principal; y no es justo ni conveniente ponerle en el estrecho de que falte nuevamente á la justicia desestimando la nulidad propuesta.

5324 En el caso no esperado de que el juez inferior estimase y declarase la nulidad de su sentencia, puede apelar de ella la otra parte para el tribunal superior; y aunque se confirme en vista la sentencia dada por el inferior sobre nulidad, tendrà lugar la súplica; quedando demostrado por este órden que el juicio de nulidad intentada ante el juez inferior no escusa á las partes las dilaciones y gastos que se han de causar siguiéndose despues por el tribunal superior en vista y revista.

5325 Si desde sus principios, omitiendo el juicio de nulidad ante el inferior, se propusiese ante el superior, se lograrán conocidas ventajas en todo; porque aquellos jueces no estan ligados con las notas que padece el inferior que dió la sentencia de cuya nulidad se trata; y con las dos sentencias en que la declaren, se causa ejecutoria.

5326 Por estas consideraciones y otras que se omiten de intento por no ser necesarias, se convence la utilidad y seguridad de proponer y seguir la nulidad como accion principal ante el juez superior del que diò la sentencia.

5327 Trata en seguida el señor Cañada la cuestion de si intentada la nulidad como accion principal, sola é independiente, bien sea ante el mismo juez inferior que dió la sentencia, bien ante su superior, se impide y suspende el curso de los dias señalados para apelar; ecsamina latamente las opiniones afirmativas de los autores, y su variedad en las condiciones ó calidades que requieren para dar entrada á este efecto suspensivo; confiesa que à pesar de la generalidad, obscuridad y confusion con que sobre este punto se han esplicado los autores, su opinion afirmativa ha llegado á ser comun; pero añade que no puede conformarse con ella por no convencerse de que su observancia traiga alguna utilidad à la causa pública ni à las partes; y antes bien halla gravísimos perjuicios, que desearia se enmendasen por aquellos medios mas sencillos, espeditos y de menos gastos: funda su opinion contraria estensa y sólidamente, y concluye enumerando las ventajas que

se seguirian de proponer la apelacion y nulidad juntamente.

5328 «Si la nulidad (dice) se propone al mismo tiempo que la apelacion en la forma y método que se ha esplicado, para que una y otra guarden el concepto de principales, independientes y separadas en su ingreso, en su continuacion y en sus respectivos fines, se devuelve desde luego toda la causa principal al juez superior en fuerza de la apelacion, llevando tras de sí el conocimiento de la nulidad al mismo tribunal superior; y este es el primer efecto favorable que produce la union de estos dos recursos, de que hablan largamente los autores citados, los que refiere Salgado como probando la misma opinion en la Part. 4, cap. 3 *de Reg.*, núm. 237 al 242.

5329 El segundo efecto mas ventajoso que resulta de la union de estos dos remedios, consiste en que los procedimientos que hiciese el juez despues de haberse introducido, aun sin esperar la inhibicion, se gradúan de atentados y se reponen inmediatamente como nulos; y esto no se lograria por el primer medio de usar de la nulidad separadamente, como lo esponen los mismos autores que sostienen la afirmativa.

5330 El tercer efecto favorable se funda en que la apelacion en el caso de no deferir à ella el juez y proceder sin embargo *ad ulteriora*, prepara la fuerza del juez eclesiàstico, y á esto no alcanza la nulidad por sí sola.

5331 El cuarto y mas principal favor de la union de estos dos recursos estaba en que conociéndose en el mismo tribunal superior juntamente y por los propios trámites del mérito y justificacion de uno y otro, y comprendiéndose su decision en una misma sentencia, se logra que con las dos de vista y revista se acabe el pleito en todo y se escusen seis instancias mas: las tres sobre la nulidad sola, cuando se ha empezado ante el juez ordinario que dió la sentencia; y las tres restantes sobre si hà lugar á la apelacion por haberse introducido el recurso de nulidad con causa y razon probable ó por temeridad y malicia; y presentándose las ventajas que tuvieron las leyes en tan alta consideracion para buscar medios de evitar pleitos y reducirlos al menor número posible, queda demostrado cuánto se interesa la causa pública en que se use de la apelacion al mismo tiempo que de la nulidad.

5332 Podrá decirse en oposicion de lo referido, que usando al mismo tiempo de la nulidad y de la apelacion ante el juez superior del que dió la sentencia, pierde la parte el arbitrio y eleccion que le concede la ley 2, tít. 26, Part. 3, de proponer la nulidad ante aquel mismo juzgador que dió su juicio, y que en esta parte se hace ilusoria la disposicion de la misma ley.

5333 Yo entiendo por lo que va espuesto que nada pierde la parte en no proponer la nulidad separada, que es el caso en que podria hacerlo ante el juez inferior, y que gana mucho en unirla con la apelacion, siguiendo el espíritu de las leyes que se han citado; y cuando fuese necesaria alguna declaracion, convendria se hiciese mandando que lo dispuesto en la ley 2, tít. 18, lib. 11 de la Recop. acerca de la nulidad que se propone contra las sentencias que se dieren en el consejo ò audiencias, se entendiese y estendiese á las de los demas jueces, reservàndose tratar y determinar sobre la nulidad juntamente con el ne-

gocio principal, sin permitir que se cause, haga ni forme juicio aparte para sentenciarla y determinarla sobre sí y apartadamente.

5334 Y prescindiendo de si la ley de Partida está derogada por la de la Recopilacion, y aun suponiéndola ecsistente, yo tendria por irracional y malicioso el recurso de nulidad separada, por el solo hecho de intentarlo ante el mismo juez que dió la sentencia, y estimaria sin otro ecsàmen del proceso que no debia aprovecharle el término de la apelacion, que segun los autores citados queda suspenso.»

‖ Hasta aqui el señor Cañada; nosotros recordamos el artículo 41 del Reglamento y lo que sobre él espusimos, asi como el Real decreto de 4 de noviembre de 1838 con nuestras observaciones. ‖

5335 A pesar de esto leemos en Febrero el párrafo siguiente: «La nulidad se ha de controvertir en juicio contradictorio con audiencia del colitigante, *y mientras se ventila no corre el término de apelar, si se intentó antes que este espirase, lo cual es corriente en la práctica*; y una vez interpuesta la nulidad dentro de los dichos sesenta dias, no pasa la sentencia en autoridad de cosa juzgada, aunque no se apele de ella ó la apelacion se declare por desierta.» (Parlad. lib. 2, cap. fin, parte 1, §. 1, número 13, y *diff.* 70, números 3, 4 y 5.)

SECCION V.

De qué sentencias no puede decirse de nulidad; y sobre la restitucion contra las mismas.

5336 No puede intentarse la nulidad de las sentencias dadas en los tribunales supremos y audiencias, ni suplicacion ni otro recurso de aquellos en que sus ministros se declaren ó no por jueces, ni la nulidad impide su ejecucion, aunque se alegue incompetencia y defecto de jurisdiccion, conste aquella en el proceso ó en cualquiera forma, y así se han de llevar á debido efecto (leyes 7, tít. 21; 5, tít. 13; y 2, tít. 18, Novis. Recop.); ni tampoco puede intentarse nulidad de las sentencias de revista. (Leyes 5, tít. 13; 3, tít. 17; y 2, tít. 18, Novísima Recopilacion.)

‖ Hoy dia há lugar el recurso de nulidad para ante el Supremo de Justicia contra las sentencias de revista en los términos que previene el Real decreto de 4 de noviembre de 1838. ‖

5337 En ninguno de los casos referidos en el número anterior tiene lugar el remedio de la restitucion, ora la intenten los menores y demas privilegiados, ora los mayores á quienes por justas causas la concede el derecho; por lo que no se deben volver à ver, suscitar ni tratar con pretesto de nulidad, restitucion ni otro los pleitos que se finalizaron con tales sentencias. (Ley 5, tít. 13, lib. 11, Novis. Recopilacion.)

5338 En los juicios de suplicacion ordinaria y en los de segunda con arreglo à la ley de Segovia, si se alega de nulidad de las sentencias precedentes, se ha de reservar su decision para cuando se falle sobre el negocio principal, no haciéndose ni formándose juicio separado sobre ella. (Ley 2, tít. 18, lib. 11, Novis. Recop.)

5339 En el título 11, tomo 1, habemos hablado de la restitucion

en punto á sentencias y demas actos judiciales. (Véanse los números 659 y 676; Febrero es mas estenso en este lugar y le copiamos.)

5340 Aunque es válida la sentencia dada contra el menor de veinte y cinco años en pleito que sigue con asistencia de su curador no habiendo alguno de los motivos espresados para que deje de serlo, no obstante, si fué perjudicado en ella y lo hace constar, asi como su menor edad, al tiempo del fallo, puede él, ó su curador ó procurador en su nombre y con especial mandato, pedir restitucion por via de escepcion ante el propio juez, ó ante su superior, si se apeló de ella dentro de los veinte y cinco años y de los cuatro siguientes.

5341 Pero esta restitucion no debe concedérsele mas de una vez en una causa, y ha de ventilarse con audiencia de su contrario, quien, si quiere, puede gozar del término de la restitucion y probar en él lo que le convenga igualmente que el menor, no pudiendo hacerse otra cosa entretanto: de suerte que por la restitucion pedida en el tiempo y forma espuestos vuelve el pleito á su principio, abriéndose nuevamente el juicio.

5342 Con todo no hà lugar á la restitucion cuando la sentencia se pronunciò despues de su menor edad, aunque el pleito se principiase dentro de esta, ni tampoco cuando es nula *ipso jure*, porque en este caso, como no hay materia sobre que recaiga la restitucion, por no haber sentencia, se ha de intentar solamente la nulidad. (Leyes 1, 2 y 3, tit. 25, Part. 3; y 8 y 9, tit. 19, Part. 6.)

5343 Pueden tambien decir de nulidad la iglesia y concejo cuando no se les mandó nombrar defensor ó no se les citó; mas no si habiéndolos emplazado el juez no quisieron, el segundo enviar su síndico, y la primera ò su prelado comparecer en el juicio (Greg. Lop. ley 1, tít. 25, Part. 3, gloss. 5); porque, permitiéndosele tal cosa, estaria en su mano burlarse del juez y eludir el proceso, y jamas comparecerian á defenderse; asi es que en este caso les perjudicará la sentencia: lo cual no milita en el menor que no está provisto de curador, pues si teniendo edad para nombrarle no quiere hacerlo, puede nombrárselo el juez, aunque lo resista, y con él se han de sustanciar los autos. (Cap. fin. de *sedè-vacante*, cap. 5 de *In integrum restit.*; Greg. Lop. en el lugar citado)

5344 Siendo lesos en la sentencia ó contrato la iglesia, comunidad ó concejo, deben pedir la restitucion dentro de los cuatro años siguientes á su fecha, y si la lesion es enorme, les concede el derecho treinta para ello. (Ley fin., tit. 19 Part. 6.) Los mismos concede al rey como cabeza del comun del reino, cuando es leso (dicha ley fin.); pues el rey puede poseer tres clases de bienes: unos como persona privada, otros que tocan y son perpétuamente de su Real patrimonio, y otros que recaen en su Real càmara ó fisco por condenaciones ò por falta de parientes dentro del grado legal: los de las dos últimas clases, que llaman fiscales, gozan del privilegio; pero por los de la primera ninguno mas le compete que á cualquiera persona privada. (Gregorio Lopez, ley 1, tit. 17, Párt. 2, glós. 4, y ley fin. citada, glosa 2; Carles. *de Judic.* tit. 1, disp. 1, núm. 701: todo lo que antes correspondia á la Real cámara ó fisco, hoy corresponde al erario público ó nacional.)

FORMULARIO.

Pedimento de nulidad, como accion directa y sola ante el inferior.

5345 N., en nombre de N., vecino de esta villa, en los autos con N. sobre pago de diez mil reales de vellon y otras cosas que se han deducido en ellos, digo: Que por sentencia dada y pronunciada en 10 del presente mes de enero se sirvió V. declarar y mandar... (*aqui el tenor sustancial de la sentencia.*) Y hablando con la debida moderacion, contiene dicha sentencia notoria nulidad, y es de ningun valor y efecto: lo primero porque se dió sin la prévia citacion de las partes: lo segundo porque no se hizo publicacion de testigos, sin embargo de haberlo pedido mi parte en tiempo y forma... (*aqui se espresan las causas específicas en que se funda la nulidad.*) Por todo lo cual: Suplico à V. se sirva estimar y declarar por nula, de ningun valor y efecto la citada sentencia, y reponiendo y supliendo los defectos que van indicados, proveer y determinar en esta causa conforme á las pretensiones de mi parte en todo lo favorable, por ser de justicia que pido, costas, &c.

Pedimento de nulidad acompañada de la apelacion.

5346 N... (*Se continúa lo mismo que en el antecedente escrito hasta referir el tenor de la sentencia*) la cual, hablando con la debida moderacion, es nula, de ningun valor y efecto; y cuando sea en sí alguna, es injusta, gravosa y perjudicial á mi parte: porque... (*aqui se espresan en resúmen y con la posible brevedad las causas en que se funda la nulidad, y se indican al mismo tiempo las que manifiestan la injusticia en el todo ó parte de la sentencia, y se concluye.*) Por lo tanto, y apelando en forma de la citada sentencia: Suplico á V. se sirva admitirme dicha apelacion, y mandar se me dé el testimonio correspondiente para usar de él y mejorarla en la audiencia territorial &c., por ser de justicia que pido, &c.

Recurso de nulidad, como accion directa y sola por via de queja ante el superior.

5347 Escmo. Sr.=N., en nombre y en virtud del poder que en debida forma presento de N., vecino de N., ante V. E. me presento por el recurso de nulidad, queja, agravio, ó el que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos del juez de primera instancia de la espresada villa, especial y señaladamente de la sentencia definitiva que en 10 de enero prócsimo pasado dió y pronunció en los

autos que mi parte ha seguido en su tribunal con N., de tal vecindad, sobre pago de diez mil reales de vellon, por la cual... (*aquí el tenor sustancial de la sentencia*) y constando por su literal contesto y por el de los mismos autos, que es nula, de ningun valor ni efecto y notoriamente injusta, como dada sobre instrumentos y testigos falsos, sin publicacion de probanzas, conclusion ni citacion....(*aquí las causas en que se motiva y funde la nulidad.*) Por tanto, á V. E. suplico que habiendo por presentado dicho poder, y á mi parte por el recurso de nulidad ó el que mas haya lugar en derecho, se sirva mandar librar la real provision conveniente con emplazamiento en forma á la parte contraria, para que el referido señor juez remita los autos originales dentro del breve término que se le señala, sin proceder *ad ulteriora*, y venidos que sean, estimar y declarar la nulidad de la citada sentencia, reponiéndola con todo lo obrado en su ejecucion, y devolviendo los autos à dicho juez de primera instancia para que los determine en lo principal, conforme á justicia que pido &c.

TITULO LXXX.

De los efectos de la sentencia definitiva.

5348 Confesamos sin rebozo que á nuestro corto entender no era este el lugar mas á propósito para el presente título ó materia, que en el derecho romano y en nuestras Partidas es tratada muy oportunamente en el título de los juicios ò sentencias, como puede verse en las leyes 1 y siguientes, tit. 22, Part. 3: el señor conde de la Cañada siguiò tambien este órden natural y legal. Febrero la colocó despues de haber tratado de la apelacion y nulidad; en el novísimo se la encuentra en el mismo capítulo de la nulidad y antes de las apelaciones. Nosotros no hallamos que pueda colorirse esta inversion sino diciendo que á la materia de apelaciones debe preceder inmediatamente el conocimiento de los que son ó no perjudicados por la sentencia para saber quiénes pueden ó no apelar: vemos lo mejor y seguimos lo peor; porque *por ahora* no nos habemos propuesto hacer una obra nueva y propiamente nuestra.

SECCION I.

A quienes perjudica ó no la sentencia.

5349 Generalmente hablando, no perjudica á los que no fueron citados la sentencia dada entre otros, porque ninguno debe ser condenado por lo que no hace ni aprueba. (Leyes 2, tit. 22, Part. 3; y 18, tit. 33, Part. 7.)

5350 Por esto es que el reconocimiento de la deuda ó su pago hecho por uno de los herederos del difunto no daña á los coherederos que la niegan, si no es que el acreedor la pruebe por otro medio. (Ley 1, Cod. *Res inter alios.*)

Ni la transaccion hecha con uno perjudica al ausente, ni el hermano à su hermano en lo que ejecuta sin mandato suyo. (Leyes 2 y 3, Cod. *Res inter alios.*)

Ni la sentencia dada contra uno á su conjunto que no le mandó litigar, ni lo aprobó ni se obligó á tenerla por firme. (La misma ley 3, y la 1, tambien del Código, *quibus res judicata.*)

Ni la dada contra un legatario daña al co-legatario que tiene igual derecho, y mucho menos al heredero (ley 1, Dig. *de Exceptione rei judicatæ*); aunque por el contrario la que se pronuncia contra este por la querella de testamento inoficioso, dañara al legatario (ley 8, §. 16 de *inofficios. testam.*)

|| El reformador hace sobre esto la siguiente observacion: «La sentencia en que se declare ser inoficioso el testamento no puede perjudicar al legatario, puesto que segun las leyes pátrias vale aquel sin nombramiento de heredero, ò aunque se tenga por nulo el hecho.» Puede verse sobre esto al señor conde de la Cañada, part. 1, capítulo 12, núms. 44 y siguientes, en que trata de conciliar las leyes 20, tit. 22, Part. 3, y la 7, tít. 8, Part. 6 que parecen contrarias, sin advertir que en la parte 2, cap. 3, núms. 44 y siguientes se contradice, pues en el 36, llegando á la última época de los legados entre los romanos, afirma que se ampliaron las disposiciones á que valiesen y subsistiesen aquellos aunque no hubiese heredero, ya fuese por no haberle nombrado el testador, ó por no haber *adido* la herencia.

En el número 37 vá todavía mas adelante y dice asi: «Recibiendo los legados por estas últimas disposiciones la naturaleza de principales independientes de la institucion de heredero, salen necesariamente fuera del òrden en que los colocó el señor Covarrubias, y no pueden entrar en la cuestion de que les perjudique la sentencia que se diere sobre nulidad del testamento; porque el interés de los legatarios viene derechamente de la voluntad del testador, del mismo modo que el de los herederos; y asi como en estos la sentencia que es dada contra alguno de ellos no perjudica ni aprovecha á los otros, segun se dispone en la ley 20, tit. 22, Part. 3, con mayor razon debe ser limitada al heredero la que se diere sobre nulidad del testamento, sin estenderse á perjudicar en sus intereses á los legatarios.»

En seguida se esfuerza en probar que el juicio debe seguirse á un tiempo con el heredero escrito y con los legatarios, porque el actor ó el demandado presentarán la copia del testamento cuya nulidad se pretende, y por ella se verá quiénes son ademas interesados en el juicio como legatarios, á *quienes el juez hará emplazar de oficio ó á instancia de parte, pues todos se interesan en su emplazamiento.*

Se vé pues que segun dicho autor, ni aun la sentencia de nulidad del testamento pronunciada contra el heredero escrito perjudica á los legatarios que no fueron partes en el juicio; y sus razones alcanzan igualmente el caso en que se declare la nulidad por falta de alguna solemnidad esterna. ||

5351 Tampoco la dada en causa criminal contra un reo perjudica al correo. (Ley 3, Cod. *quibus res judicata.*) En lo criminal es todavía mas fuerte la razon, porque allí es individual y personal, de modo que hay tantas causas como reos.)

5352 Ni perjudica al coheredero la pronunciada contra el heredero, aunque sea sabedor del pleito, pues uno de ellos puede ser condenado y el otro no. (Ley 20, tit. 22, Part. 3; leyes 24 Dig. *de inoff. testam.*; y 13, Cod., del mismo título.)

5353 Podrà sin embargo el tercero que no intervino en el juicio, apelar de la sentencia dada entre otros en lo que le toque, y se le deberá admitir la apelacion, manifestando y probando, al menos sumariamente, su derecho y que se le causa perjuicio. (Ley 5, Dig. *de Apellation.*; y cap. 17 *de sentent. et re judicat.*)

SECCION II.

Casos en que la sentencia daña ó aprovecha á otros.

5354 Al principiar la seccion anterior se pusieron las palabras «*generalmente hablando*» porque la regla alli sentada padece sus limitaciones, y de consiguiente hay varios casos en que daña ò aprovecha á otros, aunque no sean citados.

1.º Cuando compete á uno primariamente alguna accion ó escepcion, y permite que el siguiente á quien toca secundariamente litigue, y no lo protesta; pues la sentencia dada contra el segundo perjudica al primero, porque se presume que lo hace con su consentimiento (ley pen. Dig. *de re judicat*); ó cuando dos se constituyen deudores de mancomun de otro, ò se prometió à entrambos alguna cosa, de manera que cada uno la pudiese demandar en el todo, en cuyo caso la sentencia, ó favorable ó contraria al uno, aprovecha ó perjudica al otro. (Ley 20, tit. 22, Part. 3.)

2.º En las causas concesas, por ejemplo, la sentencia dada contra el ordenado indignamente perjudica al que le ordenó. (Canon 3, quæst. 6; Canon, *Tantis Daniel distinct.* 81.)

3.º En la cosa individua y comun à dos ó mas, en las servidumbres y cosas correlativas; pues si se dá á favor de uno aprovecha á los otros, ó al contrario, porque la sentencia no puede ser válida en parte y en parte no. (Ley 4, §. 3, Dig. *si servitus vindicetur.* Cap 72 *de Apellation.*)

4.º En la cosa comun con el pupilo, aunque no sea individua, pues quien posee con él algun fundo retiene la servidumbre que se debe á este aun cuando no la use (ley 10, §. 1, Dig. *Quemadmodum servitutes amitt.*); y asi como contra el menor no corre la prescripcion, asi tampoco contra el mayor que tiene comunidad con él en alguna finca. (Cap. 12 *de Sepult.*)

5.º Cuando la sentencia se dá contra uno sobre cosa en que compete à muchos *in solidum* algun derecho, como en las acciones populares. (Ley 3, Dig. *de Popular. Action.*; Altimari *de nullit. sententiæ*, tomo 1, quæst. 27, núm. 16.)

‖ «Cuando el principal interesado que tiene la primera parte en la accion y derecho que se disputa, promueve ó defiende la instancia, y es vencido en la sentencia que pasa en cosa juzgada, le obsta de lleno esta escepcion; pero igualmente trasciende à todos sus sucesores universales y particulares, y á cualquiera otro que traiga y derive su derecho de aquel principal que fue vencido.

Asimismo cuando se dan las sentencias contra los que tienen un derecho secundario y accion mas remota en lo que se controvierte y defiende, perjudica á los principales que tienen en lo mismo un derecho primario, siempre que estos sepan y toleren que se siga el pleito con aquellos, y que el derecho primario de los unos proceda de los otros á quienes se permite litigar. Por tanto, si un marido sufre que su suegro, suegra ó muger defienda en juicio alguna de las cosas dadas por razon de casamiento, le perjudicará la sentencia.» (Señor conde de

la Cañada en su citada parte 1, cap. 12, números 39, 51, 54 y 56)

En el primero de los dos casos insinuados coloca dicho autor con la ley 20, tit. 22, part. 3, las sentencias sobre el estado de familia, ingenuidad ó libertad, y añade: "lo mismo se halla establecido y debe observarse en la que es dada contra el heredero, que perjudica igualmente al fideicomisario. La que se dá contra el heredero instituido ofende igualmente al sustituto; y lo mismo se verifica en los poseedores de mayorazgo respecto de sus descendientes ó transversales, que por aquella línea ó inmediacion de su persona quieran derivar su derecho.»

Pone en seguida el caso de la misma ley en que la sentencia dada contra los herederos perjudicaba á los legatarios, sobre lo que habemos ya hablado.

Al segundo caso, es decir, cuando las sentencias dadas contra los que tienen un derecho secundario y accion mas remota, refiere el autor con la ley citada el de los acreedores que tienen á empeño ó por prenda las cosas de sus deudores, y permiten que con estos se siga pleito sobre el dominio de la cosa dada en prenda: por esta ciencia y tolerancia les perjudicarà la sentencia que se dé contra el deudor dueño de la cosa; pero no si ignoraron el pleito.

El del marido, de que ya queda hecha mencion; y el del comprador que, sabiendo que el vendedor entra en pleito con otro sobre la cosa que tiene comprada, no lo contradice; «ca si sentencia fuere dada contra el vendedor, torna á daño à aquel que compró la cosa dél, como quier que despues sea tenudo el vendedor de gela fazer sana.» El autor vuelve á tratar de lo mismo en el cap. 8, part. 2; y en el cap. 1, part. 3 dice al número 14: «Los juicios que se han seguido con los principales obligados, causan ejecutoria de cosa juzgada, no solo contra ellos, sino igualmente con los fiadores y abonadores y otros de segundo orden, aunque estos no hayan sido citados ni convencidos en el propio juicio.» ||

TITULO LXXXI.

De las apelaciones y sus efectos.

5355 Habemos dicho al principiar el título de la nulidad de la sentencia que son dos los medios legales para intentar y obtener la reparacion ó enmienda del agravio causado en ella: habiendo hablado del primero, réstanos tratar del segundo, que es la apelacion.

5556 Febrero está diminuto y oscuro en tan interesante materia; pero en cambio nos dió su reformador un escelente estracto de lo espuesto sobre ella por el señor conde de la Cañada, y aun tomó algo del señor Elizondo; nosotros nos creemos en la necesidad de reproducirlo, al menos en su fondo, pero con las grandes modificaciones y reformas que en esta parte, como en casi todas, del sistema judicial se han hecho recientemente.

SECCION I.

Necesidad, objeto y ventajas de la apelacion.

5357 La sentencia definitiva se notifica á las partes, ó hablando propiamente, à sus procuradores, porque los hay y debe haberlos en todos los pleitos; y aunque aquellos digan que se haga saber à las partes en persona, ò que se entienda con estas la notificacion, no debe el escribano admitirles la tal respuesta, porque en virtud del poder que tienen presentado han de entenderse con ellos todas las diligencias hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada; otra cosa es de la ejecucion de la misma sentencia, la que se ha de entender con las mismas partes en persona, puesto que de estas y no del procurador ó apoderado depende su cumplimiento como consecuencia de la obligacion con que quedan ligadas.

5358 Si la parte vencida no apela dentro del término legal, puede la vencedora acudir al mismo juez acusando la rebeldía á aquella, y espresando ser pasado el de la ley, pedir que se declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, à cuya solicitud debe proveer este auto: *por acusada la rebeldía; autos citadas las partes*; y si dentro de tres dias siguientes al de la última citacion no dice nada, ha de deferir à la declaracion en la primera audiencia, condenando à los litigantes á que cumplan con el tenor de la sentencia, pues por la ley ha pasado ya en cosa juzgada; bien que algunos jueces solo llaman los autos y en la siguiente audiencia hacen la declaracion, porque pasado el termino de la ley ya está ejecutoriada, y asi ni tiene para que citar à las partes

ni oirlas sino sobre su ejecucion, porque se acabó su oficio en aquella instancia, y esto es lo mas arreglado. || Hoy dia procede esto con tanta mas razon cuanto que la parte vencida no podrá presentar despacho del superior, ante quien no es permitido apelar directamente: veamos el caso en que use de la apelacion ante el mismo juez. ||

5359 Este remedio es necesario, utilísimo, general y admitido en todas las legislaciones; por él enmiendan los jueces superiores los agravios que los inferiores causan con sus sentencias definitivas ó interlocutorias por ignorancia ò malicia; se suplen y corrigen las omisiones y defectos que hayan tenido los litigantes en alegar y probar los hechos en que apoyan su justicia; se evitan los perjuicios é iniquidades que tal vez cometerian algunos jueces inferiores, si no temiesen que otros los descubrieran y corrigieran: finalmente, este remedio llena de satisfaccion à los interesados al ver que concurren muchos jueces á declarar su derecho. (Señor conde de la Cañada, part. 2, cap. 2, núms. 1 y 2.)

SECCION II.

Quiénes pueden apelar, cómo y dentro de que término.

5360 Pueden apelar no solo las mismas partes que litigaron, sino tambien todos los otros á quienes se cause perjuicio por la sentencia.

El vendedor, de la sentencia dada contra el comprador sobre la cosa vendida.

El acreedor pignoraticio, de la sentencia pronunciada contra el deudor sobre la cosa dada en prenda.

El fiador, de la deuda contra el deudor principal, en razon de la deuda y de la cosa porque constituyò la fianza. (Ley 4, tít. 23, Part. 3.)

5361 Cuando la sentencia se dió sobre cosa comun á muchos, y uno solo de ellos apeló y venció, su victoria aprovecha á todos; mas no cuando à causa de su menor edad consigue la rescision de la sentencia por el beneficio de restitucion.

5362 Siendo el pleito sobre servidumbre real de una casa ò campo que perteneciere á muchos, la victoria de uno que apelò, aprovechará á los que no lo hicieron; pero si la servidumbre fuese usufructo, la victoria aprovecharà solo al apelante. (Ley 5, tít. 23, Part. 3.)

5363 La ley 6 siguiente permite que de la sentencia de sangre contra otro pueda apelar alguno de sus parientes y aun cualquier estraño, aunque aquel contra quien fue dada no se querellase, con la sola diferencia de que él no debe otorgar ó aprobar la apelacion del estraño, lo que no es necesario en la del pariente; pero este caso ha debido ser siempre raro, y hoy dia mucho mas porque las sentencias de esta especie deben ser consultadas con lás audiencias, haya ó no apelacion; y confirmadas absolutamente en vista, no admiten súplica.

5364 Puede apelar no solo la parte vencida, sino tambien la vencedera si entendiere que la sentencia no ha sido tan cumplida como debia serlo, por no haberse hecho condenacion de frutos ó de costas ò en otra manera semejante. (Ley 9, tít. 22, Part. 3.)

5365 El procurador para pleito señalado debe apelar de la sen-

tencia que sea contraria à su parte, y puede seguir la apelacion aunque en la escritura de la procura no se hubiere otorgado poder para ello; pero no està obligado á seguir la apelacion, y sí solo á hacerla saber al dueño por si quisiere continuarla; mas si fuese dado generalmente ó la escritura contenia la facultad de poder ó deber seguir la apelacion, estaria obligado á seguirla. (Ley 3, tít. 23. Part. 3, que parece contraria á la 23, tít. 5 de la misma Partida, aunque Gregorio Lopez procura conciliarlas.)

5366 Puede apelarse no solo por escrito, sino de viva voz. Para que valga la apelacion de este segundo modó debe ser hecha luego que fué dada la sentencia, porque si se hace despues, debe ya ser por escrito. Cuando se hace por palabras, bastará que diga la parte *apelo*, aunque no esprese para ante qué juez ó por qué razon. (Ley 22, título 23, Part. 3. Hoy no están en uso y probablemente no aprovecharian las apelaciones de palabra.)

5367 El apelante no debe tratar mal de palabra al juez, ni decirle que juzgò contra justicia, ni denostarle en otra manera; ni el juez debe denostar al apelante. (Ley 26, tít. 23, Part. 3.)

5368 Para que deba admitirse la apelacion basta que el apelante se tenga por agraviado, sin que sea necesario espresar ni probar el agravio. Asi lo dan muy bien á entender las palabras de varias leyes. «Alzarse puede todo ome libre de juicio que fuesse dado contra él, si se tuviere por agraviado.» (Ley 2, tít. 23, Part. 3.) «Teniéndose por agraviada alguna de las partes del juicio que diessen contra ella, no tan solamente se puede alzar de todo, mas aun de alguna partida de él, si se quisiere.» (Ley 14 del mismo tít.) «Agraviándose alguno del juicio que le diesse su juzgador, puédese alzar á otro que sea mayoral.» (Ley 18 del mismo tít.). Y en los mismos términos habla la Ley 1, tít. 20, lib. 11, Nov. Recop.: «Porque á las veces los alcaldes y jueces agravian á las partes en los juicios que dan, mandamos que cuando el alcalde ó juez diere sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro sobre cosa que acaezca en el pleito, aquel que se tuviere por agraviado puede apelar hasta cinco dias, desde el dia que fuere dada la sentencia ó rescibió el agravio y viniere à su noticia.»

|| En el Febrero novísimo del señor Tapia se lee por nota lo siguiente: «El autor de la *Curia Filípica* añade que en la apelacion de la sentencia interlocutoria, aunque contenga gravámen irreparable por definitiva, se ha de espresar la causa del agravio; pero no cita ley alguna sino solo la autoridad ó testimonio de Paz, que si bien es digno de consideracion, no basta su mero dictámen para hacer regla en este punto.»

Nosotros encontramos otra autoridad no menos respetable, al señor conde de la Cañada, el que en su citada obra, cap. 3 Part. 3, núm. 17, señala entre la sentencia definitiva y la interlocutoria la *diferencia de que en aquella basta alegar el agravio con generalidad, y es necesario espresarlo en esta.*

Pero el mismo autor se contradice, pues convenimos en que esta doctrina no solo no está fundada en la ley, sino que le falta el apoyo de la práctica; al menos en la que habemos presenciado. ||

5369 El término para apelar de auto ó sentencia los mayores

de veinte y cinco años, es en el fuero secular el de cinco dias segun la ley 1, tit, 20, lib. 11, Novís. Recop., los cuales se cuentan desde el de su intimacion, que es cuando llega judicialmente á su noticia; y aunque en algunos juzgados de esta córte amplían los cinco dias á nueve ó diez, se debe desterrar semejante abuso y corruptela por no haber en aquellos facultad para hacer una ampliacion opuesta à la ley. (Hoy dia no sabemos que ecsista el abuso denunciado por Febrero)

5370 En el fuero eclesiástico se conceden diez dias para interponer la apelacion de sentencia definitiva, y de la interlocutoria en los casos que puede interponerse de esta. (Cap. 5 y 13 *de Sentent. et re judicat.*; Ruff. lib. 2, tit. 27, §. 4, núm. 107.)

5371 De la sentencia de los árbitros, que debe ejecutar el juez ordinario, y no ellos por falta de jurisdiccion, se puede apelar ò pedir reduccion á albedrío de buen varon dentro de diez dias bajo la fianza que previene la ley 4, tit. 17, lib. 11, Novís. Recop.

5372 Para interponer suplicacion de los autos interlocutorios en que debe admitirse se conceden tres dias, y para la de definitiva diez, como se dirà en su lugar, y de lo que se trata en el tit. 21, lib. 11, Novis. Recop. (Es bastante comun confundir los términos de apelacion y suplicacion en los artículos interlocutorios; cosa que està resistida espresamente por las leyes que acabamos de citar.)

SECCION III.

De qué sentencias se puede apelar.

5373 Puede interponerse apelacion de todas las sentencias definitivas, y generalmente hablando, no puede interponerse de las interlocutorias. La ley 13, tit. 23, Part. 3, dice: «De todo juicio afinado se puede alzar cualquiera que se tuviere por agraviado de él. Mas de otro mandamiento ó juicio que ficiesse el juzgador, andando por el pleito, ante que diese senteucia definitiva sobre lo principal non se puede nin debe ninguno alzar:» y la ley 23, tit. 20, lib. 11, Novís. Recop. pone esta clàusula: «Establecemos que de las sentencias interlocutorias no haya alzada, y que los juzgadores no la otorguen ni la dén.»

5374 Los fundamentos que tienen las leyes para prohibir la apelacion de los autos interlocutorios son muy sólidos y juiciosos, y los espresa la citada ley 13. «E esto pusieron por dos razones. La una, porque los pleitos principales non se alongassen, nin se embargassen por achaque de las alzadas que fuessen tomadas en razon de tales agraviamientos. La otra, porque en el tiempo que se ha de dar el juicio afinado, la parte que se tuviere por agraviada del juzgador se puede alzar, é fíncale en salvo para poder demandar é mostrar ante el juez de la alzada todos los agraviamientos que rescibió del primer juez »

5375 El concilio de Trento moderó igualmente aquella libertad absoluta que daban los cánones de apelar sin distincion de las sentencias de los jueces eclesiásticos, fuesen definitivas ó interlocutorias, por leve que apareciera el agravio que causasen (cap. 1, sess. 13, y cap. 20,

ses. 24 de *Reformat*; cap. 12 de *Apellat*; y cap. 1 del mismo título *in sexto*.)

5376 Sin embargo, la regla de no admitirse la apelacion de las sentencias interlocutorias padece muchas escepciones, de las cuales unas se hallan espresadas en las mismas leyes, y otras se deducen de los ejemplos que refieren y de la razon general en que convienen.

5377 La citada ley 23, tit. 20, lib. 11 Novís. Recop., despues de establecer dicha regla, dice; «Salvo si las sentencias interlocutorias fueren dadas sobre defension perentoria ó sobre algun artículo que haga perjuicio en el pleito principal, ó si fuere razonado contra él por la parte que no es su juez, y prueba la razon por qué no es su juez, fasta nueve dias::: y el juez se pronunciare por juez, ó dijere que ha por sospechoso al juez, y en los pleitos civiles no quisiere el juez tomar un hombre por acompañado para librar el pleito, ó si en los pleitos criminales no guardase lo que se contiene en la ley primera de las recusaciones de este libro cuarto, ó si la parte pidiere traslado del proceso publicado, y el juez no se lo quisiere dar; en cualquier destos casos otorgamos á la parte que se sintiere agraviada que se pueda alzar, y el juzgador que sea tenido de otorgar el alzada.»

5378 La citada ley 13, tit. 23, Part. 3, limita tambien la espresada regla diciendo: «Fueras ende quando el juzgador mandasse por juicio dar tormento á alguno á tuerto, por razon de saber la verdad de algun yerro ó de algun pleito que era movido antél; ó si mandasse fazer alguna otra cosa torticeramente, que fuesse de tal natura que seyendo acabado, non se podria despues ligeramente enmendar á menos de gran daño ó de gran vergüenza de aquel que se tuviesse por agraviado de ella.»

5379 El concilio Tridentino (en los capítulos citados 1, sess. 13; y 20 sess. 24 de *Reformat*.) no permite la apelacion de otras sentencias interlocutorias que de las que tengan fuerza de definitivas, ó cuyo gravámen no pueda repararse por estas; y apoyados los autores en dichas disposiciones se han estendido á referir todos aquellos casos en que encuentran la razon general de admitir la apelacion de sentencias interlocutorias.

|| Este lenguage del concilio da una idea clara y ecsacta para todos los casos en que haya ó no lugar à apelar de las sentencias interlocutorias; y como por otra parte guarda conformidad con el espíritu de las leyes citadas (aunque no se encuentra en ellas la misma disposicion literal), ha llegado á hacerse comun en el foro y entre los escritores de derecho.

Hay sin embargo sentencias definitivas en que absolutamente y en ninguno de los dos efectos procede la apelacion. La ley 13, tit. 23, Part. 3, pone tres casos, de los que solo el primero puede hoy tener lugar, à saber: cuando las partes se convienen entre sí en juicio ó fuera de él que no apelaràn de la sentencia que dé el juez contra alguna de ellas; caso que tiene relacion con el del artículo 280 de la Constitucion de 1812, del que hablamos en su oportuno lugar. Uno de los casos es el deudor del fisco; Febrero da á entender que puede apelar, pero solo en el efecto devolutivo; la ley niega absolutamente la apelacion; pero hoy no se practicaria. ||

5380 La ley 16 del mismo título y Partida prohibe las apelaciones en algunas causas criminales, que son las de los ladrones conocidos, revolvedores de pueblos ó mayorales de ellos en los malos bollicios; las de forzadores ó robadores de las vírgenes y de las viudas ú otras mugeres religiosas; las de los falseadores de oro ò de plata, de moneda ò sellos del rey; las de los que matan con yerbas, ó á traicion, ó aleve, á quienes fuese probado por buenos testigos ó por confesion hecha en juicio; pero nada de esto se halla hoy en uso, y para todas debe regir lo prevenido en el reglamento provisional.

5381 El señor conde la Cañada en el cap. 4, Part. 1, núm. 17, dice: «De la sentencia ó mandamiento que diere el juez por auto de la confesion antes ò despues de la contestacion, no hay apelacion si no se alega que fué hecha por error»; y sobre lo mismo puede verse à Greg. Lop. en la ley 7, tit. 3, Part. 3, glos. 1.

|| En el cap. 2, part. 2, núm. 17, dice el mismo autor: «Si de la causa y sentencia definitiva constase por notoriedad que ni el juez ha causado agravio á la parte ni esta puede mejorar su derecho en otra instancia, le faltará el supuesto en que ha de motivar y justificar la apelacion, y se deberà despreciar la que interponga como frívola y calumniosa; pues no pudiendo aprovecharle, se convertiría en daño de la causa pública, dilatando los pleitos y causando otros perjuicios á las partes que litigan. «Sin embargo, como la apelacion toca à la defensa natural y procede siempre que la ley no la niegue espresamente, entendemos que el denegarla por este capítulo requiere en el juez mucho tacto y circunspeccion, porque la parte suele acudir en queja y por via de fuerza al tribunal superior, y este le pide informes con justificacion à causa de no poder mandar que vengan los autos: se originan costas y dilaciones; y muchas veces el superior, que no puede instruirse completamente por los informes del juez y la querella de la parte, manda en caso de duda que aquel otorgue.

Escusamos decir que en los juicios verbales de los jueces y alcaldes hasta la cantidad en que respectivamente pueden celebrarlos, no hay apelacion. ||

5382 Conteniendo la sentencia diversos particulares ó capítulos, se puede apelar de ella en el todo, ó de alguno ó algunos solamente, segun sea el agravio ò agravios que causa al apelante (ley 14, tit. 23, Partida 3); pero confírmese ò revòquese en cuanto à los apelados, no es necesario pedir despues que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada respecto de aquellos de que no se apelò, pues para con estos lo está por la ley, por ser visto haberlos consentido ambas partes; de suerte que no se debe admitir apelacion de ellos. (Véase sin embargo lo que se dirá en su correspondiente título sobre el derecho de adherirse á la apelacion)

SECCION IV.

Qué apelaciones se admitan en los dos efectos; cuáles solamente en el devolutivo.

5383 No habiendo disposicion particular que mande ejecutar las

sentencias, surte la apelacion los dos efectos suspensivo y devolutivo, es decir, el de suspender la ejecucion de la sentencia, y el de pasar el conocimiento al juez superior, bien sean aquellas definitivas, bien interlocutorias, «con la sola diferencia de que lo innovado despues de la apelacion ó en el tiempo en que se pudo interponer, se puede y debe reponer por el juez superior antes de tratar de la causa principal, si la parte lo pidiere antes de mezclarse y contestar sobre el asunto principal de la causa; pero lo que se innovase despues de la sentencia interlocutoria pendiente la apelacion, ó en el tiempo en que pudo interponerse, no se revocará hasta tanto que conste al juez superior por el proceso que se apeló con justa y legítima causa; porque sin este prévio conocimiento no procede la apelacion de los autos interlocutorios, y sin ella no hay atentado porque no se suspende la jurisdiccion del juez inferior.» (Señor conde de la Cañada, part. 2, cap. 2, núm. 36.)

5384 Padece no obstante dicha regla varias escepciones por diversas causas; pero como muchas veces dudan los jueces si deben admitir la apelacion en uno ó en ambos efectos, «para facilitar un conocimiento sencillo de las causas que por su naturaleza ò por accidente no admiten apelacion suspensiva, me ha parecido, dice el autor mencionado en los núms. 38 al 64, establecer una regla por donde se podràn resolver las dudas que se susciten en los casos particulares sobre el artículo de admitir las apelaciones en el efecto devolutivo solamente, ó tambien en el suspensivo. Consiste la enunciada regla en pesar el agravio respectivo á las partes y al público, y si fuese mayor el que padecería la parte apelante y el que trascenderia al mismo tiempo al público, si no se le admitiese la apelacion en el efecto suspensivo, se debe deferir á ella en los dos efectos; y si la parte á cuyo favor está dada la sentencia se espusiese á mayor perjuicio. por la suspension, ó fuese trascendental á la causa pública, cesará en estos casos la apelacion suspensiva, y tendrá lugar únicamente en el efecto devolutivo»

5385 Los ejemplos demostrarán con toda claridad la proposicion antecedente. La ley 54, tít. 5, lib. 2 (hoy 5, tit. 3, lib. 7, Novísima Recopilacion) esplica con claridad las dos razones que recomiendan la ejecucion de las providencias que tocan al gobierno y tranquilidad de los pueblos, y prohibe se suspendan por las apelaciones ó inhibicion de los jueces superiores. «Porque somos informados (dice la ley) que muchas veces se siguen muchos inconvenientes de rescibir nuestro Presidente y Oidores todas las apelaciones indistintamente, y mandan sobrescer en la ejecucion, mayormente en las cosas que se mandan en las ciudades, villas y lugares cerca de la gobernacion de ellas... porque por esto se impide mucho la buena gobernacion de las dichas ciudades, villas y lugares, y es mucho perjuicio para las comunidades y causa de muchos gastos, y por la mayor parte la ejecucion de estas cosas es de menos perjuicio á las partes que de ellos se agravian.»

5386 En esta ley se reunen las dos partes de la regla insinuada; una el mayor daño que padecerian las ciudades si se suspendiesen las providencias de gobierno; y otra el menor perjuicio que de su ejecucion resulta á las partes que de ello se agravian, repitiendo al fin de la misma ley que se tenga consideracion al bien público, *«ca cuando las*

cosas de esta calidad son de poco perjuicio, siempre se debe mucho mirar lo que paresciese que conviene al bien comun.» (Hoy dia los tribunales no entienden en asuntos del gobierno de los pueblos.)

5387 El propio fin y fundàndose sobre los mismos principios de gobierno y tranquilidad, lleva el interdicto posesorio de *interin*, precaviendo que las partes vengan á las armas para mantener la posesion en que pretenden hallarse; y asi en la providencia que con instruccion sumaria toma el juez, considera únicamente el mero hecho de la parte que esté en posesion de la controversia; y manda que no se le inquiete ni turbe en ella, sin perjuicio del derecho que puedan tener los que litigan con respecto á los juicios plenarios de posesion y de propiedad, reuniéndose en esta sentencia interlocutoria la tranquilidad pública que se turbaria por las riñas y desavenencias de las partes, y el menor perjuicio que siente la que en esta providencia queda fuera de la posesion.

5388 La ley 6, tit. 18, lib. 4 de la Recopilacion (hoy 22, tit. 20, lib. 11 de la Novísima), dice: «Pero son algunos pleitos en que no queremos que se otorgue apelacion, assi como si se alzare algun hombre de mandar que algun hombre que no era descomulgado ò devedado, que no sea sepultado, ó sobre cosa que no se pueda guardar, como sobre uvas antes que el vino sea fecho de ellas, ò sobre mieses que se han de segar, ó sobre otra cosa semejante que peresce por tiempo, ó si fuere sobre dar gobierno á niños pequeños; porque en tales casos como estos, si se alongassen los pleitos para alzada, las cosas se perderian y nacerian dello muchos daños; pero bien queremos que en tales pleitos como estos se pueda querellar y proseguir su derecho aquel que entendiere que es agraviado por el alcalde.»

5389 Las sentencias en que se mandan dar alimentos, ya sean definitivas ó interlocutorias, no admiten apelacion suspensiva cuando el que los ha de recibir es pobre y no tiene otros medios para mantenerse sino los alimentos presentes y futuros.

5390 Las apelaciones que se interponen de la provision, institucion y colacion de los beneficios curados, no suspenden la ejecucion por la misma regla establecida al principio de resultar gravísimos perjuicios à los fieles, que carecerian entretanto de propio pastor que les administrase sus alimentos espirituales, que siempre son de mayor preferencia que los alimentos corporales. Lo mismo sucede en los mandamientos para que se residan los beneficios curados.

5391 El señor Elizondo (Pract. univ. for., tom. 1, pág. 148, número 4) apoyado en la autoridad del derecho civil y canónico, y de varios intérpretes, hace mencion de otras sentencias cuya apelacion solo se admite en el efecto devolutivo, como son las dadas en favor de causas pias, sobre salarios de sirvientes, oficiales ò jornaleros, y nombramiento de tutores á pupilos; aquellas en que se manda dar la posesion hereditaria, las favorables al fisco y á las iglesias en pleitos de diezmos (hoy estan abolidos) y otras. Febrero coloca entre ellas las dadas sobre penas de ordenanza, no escediendo de diez mil maravedís, segun la ley 22, tit. 20, lib. 11, Novis. Recop, y las de dote, siendo pobre la parte; pero no sabemos en qué pueda apoyarse esto último, y no aprobamos su doctrina: sobre alimentos véase lo que, copiando al

señor conde de la Cañada, diremos en la seccion segunda del juicio ejecutivo

|| Segun el art. 66 del reglamento es siempre ejecutiva la sentencia de primera instancia en los juicios sumarísimos de posesion, es decir; en el de ínterin, de que ya queda hecha mencion, y en el de despojo y reintegracion, pues no conocemos otros que merezcan tal nombre. ||

5392 Tambien se ha de ejecutar sin embargo de apelacion, aunque bajo fianza de la ley de Madrid, la que confirma y aprueba los pareceres conformes de los contadores, bien hayan sido nombrados por las partes, ò de oficio en rebeldía de alguna de ellas, que notificada en persona para que nombrase, no quiso hacerlo. (Ley 5, tit. 17, lib. 11, Novís. Recop.)

5393 En los propios términos se ha de ejecutar el parecer del tercero en discordia conforme con uno de ellos y confirmado por el juez, si aquel fue nombrado por los mismos interesados; mas no cuando le nombran el juez ó los contadores en virtud de facultad que se les dió para nombrarlos, porque en este caso no hay contumacia, y la ley no lo dice. (La citada ley habla únicamente de los contadores nombrados por las partes, y no hace estas distinciones de Febrero ni otras dos que omitimos.)

5394 Pero no es ejecutiva la sentencia dada contra el juez para que restituya las costas y salarios que llevó, à menos que sea citado y oido, porque se da sin verdadero conocimiento de causa, y asi no surte otro efecto que el de simple citacion (ley 6, tit. 4, lib. 5, Novísima Recopilacion); mas lo será en cuanto à las condenaciones que hubiere recibido, pues que es justo que asi como las recibiò por su sola sentencia, las restituya por la revocatoria de ella, aunque no haya sido citado, y asi se practica.

5395 Tampoco es ejecutivo el mero mandato del juez para que alguno haga, dé ó pague á otro cierta cosa ó cantidad sin citarle ni oirle; pues por este defecto se convierte en simple citacion (Ley 22, tit. 22, Part. 3), segun se ha espuesto en otra parte. Hay sin embargo opiniones sobre si puede ò no ejecutar cuando contiene causa ejecutiva, y el negocio es ò no de consideracion; pero nunca (habla Febrero) he visto ejecutarle.

SECCION V.

Para ante qué jueces deba apelarse.

5396 Para que la apelacion sea legítima se requiere asimismo que se admita derechamente para el juez superior inmediato del que dió la sentencia, sin que pueda hacerse á otro mas alto, *omisso medio*: como se dispone en las leyes 1 y 18, tit. 23, Part 3. «Agraviándose alguno del juicio que le diesse su juzgador, puédese alzar dél á otro que sea mayoral. Pero el alzada deve ser en esta manera, subiendo de grado en grado, todavia del menor al mayor, non dexando ninguno entre medias» (Cap. 66, *ext. de Appellat.*; cap. 3 *de Appellation. in sext.*)

5397 Contra estas literales disposiciones, que aseguran el debido

honor y decoro à los jueces para no ser defraudados de su autoridad y jurisdiccion, y facilitan la natural defensa á las partes con menores gastos que los que sufririan con la mayor distancia de los jueces, si se omitiesen los inmediatos, de que resultaria ademas conocida turbacion y arbitrariedad de las partes que apelan; se fue introduciendo insensiblemente en los tribunales eclesiásticos el abuso de venirse derechamente á usar de la apelacion y de otros recursos al tribunal de la nunciatura antes del establecimiento de la Rota española, omitiendo los metropolitanos que debian conocer de la causa en las segundas instancias; y este desórden y el agravio general que produciria á las partes y à la causa pública, escitò el celo y vigilancia del Consejo, ocurriendo á su enmienda por una carta circular de 26 de noviembre de 1767, repetida en otra de 1778, señaladamente en el capítulo 11 de la primera.

5398 Sigue con este motivo tratando dicho autor de diversas jurisdicciones y demarcaciones que ya no ecsisten; y de consiguiente hoy todas las apelaciones, por lo tocante á la Real jurisdiccion ordinaria, asi como las de los subdelegados de rentas, deben interponerse para ante la respectiva audiencia del territorio: tampoco puede tener lugar lo dispuesto en la ley 18, tit. 23, Part. 3, que dice: «Pero si alguno quisiere luego tomar la primera alzada para el rey, ante que pasase por los otros jueces, bien lo puede fazer. E esto, porque el rey ha señorío sobre todos, é puede los juzgar»: pues como dijimos en otro lugar, el rey no administra ya la justicia, aunque se administra en su Real nombre.

5399 No copiamos la doctrina del reformador sobre apelaciones de las sentencias de los jueces delegados, porque no los conocemos al presente, al menos seculares: copiamos sin embargo lo siguiente, aunque relativo á jueces eclesiásticos.

5400 No se puede apelar del vicario general del obispo para ante éste, aunque sí ha de apelarse à él y no al arzobispo de los vicarios foráneos y delegados, de los prelados sus inferiores y de los oficiales dependientes del mismo obispo, por ser el mas pròcsimo superior suyo. (*Curia Filip.*, part. 5, §. 1, núm. 4.)

5401 Del obispo debe apelarse al arzobispo metropolitano, y del patriarca ò primado al Papa ó su nuncio ó legado. (Leyes 10, 11 y 15, tit. 5, Part. 1.)

5402 En el fuero eclesiástico se puede apelar gradualmente de un tribunal á otro hasta que haya tres sentencias conformes en todo (cap. *Sua nobis* 65 *de Appellat.*); mas en el fuero secular solo dos veces puede apelarse. (Leyes 25, tit. 23, Part. 3; 5, tit. 1, lib. 2; 1, tit. 21, lib. 11, y 3, tit. 16, lib. 7, Novis. Recop.; *Curia Filip.*, lugar citado, núm. 15.)

|| Nosotros no vemos que hoy pueda apelarse mas de una vez, tomando la palabra apelacion en su verdadero y rigoroso sentido, salvos para sus respectivos casos despues de la primera suplicacion, los recursos de segunda, de injusticia notoria y de nulidad. ||

SECCION VI.

De cuántos modos puede admitirse la apelacion.

5403 El juez inferior puede admitir la apelacion de cuatro modos.

1.º Diciendo espresamente que la admite en ambos efectos devolutivo y suspensivo.

2.º Cuando dice que admite la apelacion sin espresar en qué efectos.

3.º Cuando la admite en cuanto há lugar en derecho.

4.º Diciendo que la admite solamente en el efecto devolutivo y no en el suspensivo

|| En el primer caso procede de lleno lo dispuesto en el artículo 50 del reglamento: «el juez remitirá desde luego á la audiencia los autos originales á costa del apelante con la prévia citacion y emplazamiento de las partes, sin que se puedan ecsigir derechos algunos con el nombre de compulsa.» ||

5404 El señor conde de la Cañada, arreglándose à la práctica antigua, en que el apelante con el testimonio de la apelacion dado por el inferior se presentaba al superior, y obtenia despacho de este mandando entre otras cosas que se remitiesen los autos originales, dice «que esto procedia aun en los casos en que el juez inferior concediese la apelacion en las causas que por su calidad y naturaleza no la admiten en el efecto suspensivo; porque en cuanto estaba de su parte se desprendió de toda su jurisdiccion y conocimiento, y constando por el testimonio de la apelacion haberla admitido en los dos efectos, estimaba el juez superior por el concepto y presuncion que debe tenerse á favor de la justicia en los procedimientos de los jueces, entre tanto que no se pruebe y declare lo contrario, que la apelacion era legítima en los dos efectos en que habia sido admitida; y procedia por consecuencia que no se le hacia agravio en que se le mandasen remitir los autos originales, aun cuando la parte contraria lo contradijese motivando que la sentencia dada á su favor era ejecutiva; porque este incidente en el cual se trataba de la nulidad ó revocacion del auto del juez inferior en que admitió la apelacion en los dos efectos, pide audiencia, conocimiento y decision, y no deberá embarazar entretanto el progreso de la causa principal, especialmente para que se llevase original al juez superior, en cuyo tribunal podria tratarse y decidirse este artículo prévio por los mismos hechos, calidad y naturaleza del proceso, asi como se hace para inhibir al juez inferior cuando él no se inhibió, limitàndola á solo el efecto devolutivo, y reservándose la jurisdiccion para ejecutar su sentencia.»

Pero como hoy dia es enteramente diversa la práctica, y hasta la remision de autos que debe hacer el juez inferior ningun conocimiento ni aun noticia tiene de ellos el superior, no vemos por qué aquel no pueda reformar el suyo, pidiéndolo en tiempo la parte que se pretende agraviada, puesto que el auto de admision de la apelacion es interlocutorio; y apelando aquella para el caso de negar-

se la reforma, se ventilará préviamente este artículo ante el superior.

«En el segundo caso referido proceden uniformemente todas las disposiciones que se han aplicado al primero, porque admitida la apelacion sin espresion de que sea en los dos efectos ni restriccion de que se entienda en solo el devolutivo, queda el auto de admitir la apelacion en forma indefinida, que equivale à la universal, concurriendo alguna razon de equidad y beneficio, como lo esplican con claridad y distincion Covarrub. Variar. lib. 1, cap. 13; Castillo *Controv.* lib. 1, cap. 44; y lib. 8, cap. 46 con otros muchos que refieren; y verificándose en la apelacion la equidad y favor, en que se interesa la natural defensa á que se dirige, es preciso estenderla con toda la amplitud posible à beneficio de la parte que apela: siendo uno de los casos en que la proposicion indefinida de admitir la apelacion tiene el mismo efecto que la universal de admitirla en todos los que la puedan corresponder, que son el devolutivo y suspensivo. || »

5405 «Concurre tambien en confirmacion de la doctrina antecedente que el juez de quien se apela puede dar ley clara al acto de su jurisdiccion, y cuando no lo hace se le debe imputar su negligencia y entenderse con toda la estension del derecho á beneficio de la equidad y de la natural defensa (ley 2, tit. 33, Part. 7)» debe interpretar la dubda contra aquel que dijo la palabra ó el pleito escuramente á daño dél é á pro de la otra parte. (Ley 39, *Dig. de pactis.*)»

5406 «El que apela siempre desea y pide que se le admita la apelacion en ambos efectos; y respondiendo el juez simplemente que la admite, se entiende que se refiere á la pretension de la parte, y que repite las mismas calidades y condiciones de que sea en los dos efectos. La prueba de esta proposicion se toma de la ley 24, tít. 11, Part. 5, en aquellas palabras: «E esto sería, como si dijese un ome á otro: ¿Prométesme de dar un caballo é una mula? Ca si el otro dijese simplemente, prometo; vale la promision en todo.» Y es la razon, porque para valer la estipulacion ha de concordar enteramente la respuesta con la pregunta, como se dispone en la ley 26 del propio título y Partida; y se entiende que es uniforme cuando simplemente se promete lo que se ha estipulado ó pedido con palabras copulativas, como si espresamente las repitiese en su respuesta.

5407 Si los jueces admiten la apelacion con la clàusula *en cuanto há lugar en derecho*, como lo hacen frecuentemente, dan motivo á las partes para que duden y disputen si dicha apelacion produce los dos efectos devolutivo y suspensivo ó solamente el primero, y aun si acaso se estiende á escluir los dos, considerando que la causa por su naturaleza y condicion no puede admitir de modo alguno apelacion. Para embarazarse en estas controversias toman ocasion de la opinion y doctrina de algunos autores.»

5408 Refiérelas el señor Cañada y continúa: «Por estas esplicaciones queda reducida la opinion de aquellos autores á un hecho incierto con respecto á las partes, cuya ignorancia forma una condicion relativa al tiempo pasado y presente; y hasta que se purifique por la declaracion del juez, que debe hacerla con espresion de si el derecho admite la apelacion en aquella causa de que se trata, ó si tiene lugar

solamente en el efecto devolutivo, ó si comprende los dos, están las partes impedidas de usar del que las corresponda, y viene á concluirse en opinion de los autores citados que el auto de admitir la apelacion *en cuanto ha lugar en derecho* es ilusorio, y se ha de esperar á que se verifique por otro auto posterior declaratorio la condicion que incluye el primero, reducida á si el derecho permite tal apelacion y con qué efectos.»

5409 «Esta inteligencia se desvia mucho de la seguridad y claridad que piden y recomiendan las leyes en todas las sentencias de los jueces, como lo es la de otorgar la apelacion.»

5410 «Considerando por una parte que los autores referidos tendrian presentes los perjuicios que sentirian las partes y el público si aquellas no podian usar libremente de su derecho, continuando la apelacion que fue admitida con la cláusula general *en cuanto ha lugar en derecho*, y observando por otra la uniforme inteligencia que han dado los tribunales al referido auto con estension à los dos efectos devolutivo y suspensivo, conviene conciliar el dictámen de los autores con la práctica de los tribunales, distinguiendo dos casos; uno que admitida la apelacion *en cuanto ha lugar en derecho*, gobierna lo dispuesto por regla general entretanto que no se pruebe su limitacion; y como en el derecho es cierto, y lo es tambien para las partes, que toda apelacion tiene por la regla indicada los dos efectos, pues con la posibilidad de introducirla en el término de los cinco dias, mucho mas con interponerla, y con mayor razon despues de admitida, se ligan las manos del juez inferior y estingue su jurisdiccion para los procedimientos sucesivos, viene à quedar aquella apelacion admitida *en cuanto ha lugar en derecho*, en una disposicion positiva sin duda ni condicion alguna; porque si la ley es cierta y el juez sabe los efectos que dá á la causa de que se trata, y es tambien cierta la misma ley para las partes, pues ni aun pueden alegar su ignorancia, es preciso que se estime la apelacion con todo el favor y beneficio posible en utilidad de las partes ó de su natural defensa.»

5411 «Si alguna de las partes reclamase la enunciada apelacion, y acreditase que por la naturaleza y calidad de la causa no debe suspenderse la ejecucion de la sentencia, y se declarase asi con audiencia instructiva de los interesados, cederán entonces la regla general y sus efectos á la especial de su limitacion, y retrotrayéndose al tiempo en que se admitió la apelacion *en cuanto ha lugar en derecho*, podrá entenderse que desde entonces salió restringida á solo el efecto devolutivo, y que pendia de su declaracion posterior; pero sin alterar entretanto la regla que siguen los tribunales superiores, mandando en su consecuencia librar provision ó despacho para que se remitan los autos originales por los favorables efectos que se han esplicado en los dos casos antecedentes, viniendo à ser todos tres uniformes en sus efectos.»

|| En cuanto á esto último, no se olvide lo antes dicho que hoy debe el juez remitir de oficio los autos, sin que el apelante haya de presentarse con los testimonios del inferior al superior, ni este libre despachos.

Nosotros opinamos que este tercer caso, sobre el que tanto se estiende el señor conde de la Cañada, debe al presente equipararse en

un todo á los dos primeros, porque el juez en el auto mismo en que admite la apelacion manda en cumplimiento del artículo 50 del reglamento que se remitan los autos originales al inferior, con lo que dá bien á entender que la admision es en ambos efectos; y dudamos mucho que ningun juez use ya de la fórmula *en cuanto ha lugar en derecho*, porque incurriria en una palpable contradiccion. ||

5412 En cuanto al cuarto caso, á saber, cuando el juez no admite la apelacion sino en el efecto devolutivo, hará segun lo dispuesto en el artículo 49 del reglamento que, á eleccion del apelante, ó se remitan los autos à la audiencia en compulsa á costa de este, ó se aguarde para remitirlos originales á que sea plenamente ejecutada dicha sentencia: citándose siempre y emplazándose préviamente á los interesados para que acudan á usar de su derecho ante el tribunal superior.

5413 Sobre este particular y atemperàndose siempre á la antigua práctica, segun la que era necesario despacho del tribunal superior à instancia del apelante para la venida de los autos, dice el señor conde de la Cañada:

5414 «Algunas veces se mandan remitir los autos originales, aunque la apelacion se haya admitido solamente en el efecto devolutivo, por ser verdaderamente ejecutiva la causa y su sentencia, con tal que esté ejecutada al tiempo en que sea requerido el juez inferior, ó en el que se le conceda para ello: porque en estos casos, verificado el pago y satisfaccion, ha concluido su oficio el inferior, la parte queda reintegrada y no padece perjuicio alguno; y la que apelò escusa los gastos de la compulsa, minora los del correo ò conduccion en la parte que escede à los originales, como sucede comunmente, y adelanta el tiemdo para la espedicion de la instancia, en lo que se interesa tambien la causa pública; y en consideracion á estos tan importantes fines proceden los tribunales superiores por todos los medios posibles para que se logren, conciliándolos con el interés de las partes contrarias, y que no se perjudiquen.»

5415 «Si los autos son de crecido volúmen y la sentencia dada en ellos puede ejecutarse, reservando el juez inferior testimonio ó copia íntegra de ella, por contener cantidad cierta ó restitucion de cosas determinadas sin dependencia de los mismos autos, he visto mandar algunas veces que el juez inferior reserve testimonio íntegro de la sentencia y de alguna otra parte de los autos que sea necesaria y conducente para la ejecucion, y proceda en ella con estos documentos, remitiendo luego los autos originales.»

5416 «Pero no concurriendo alguna particular circunstancia que escite la equidad á favorecer á la parte que apelò sin perjudicar à las otras, se libra en este caso el despacho compulsorio y de emplazamiento, siguiendo el dictámen del juez inferior, sin embarazar el conocimiento que se reservó: porque como no se debe revocar su auto sin que vengan los originales ó por compulsa, tomando de ellos el conocimiento instructivo que corresponde, con audiencia de las partes, ha de seguir entretanto el juicio del juez inferior, que consta del testimonio que se presenta."

|| Como hemos dicho una y mas veces, ya no hay testimonios ni

presentacion del apelante ni despachos del superior; pero la doctrina y práctica citadas por el señor Cañada encierran grande y manifiesta equidad, que no debe perderse de vista aun hoy y á pesar de lo terminante del art. 49 arriba mencionado. Porque si con solo el testimonio ó copia íntegra de la sentencia puede esta ejecutarse, ¿á qué gravar à la parte apelante con los gastos de compulsa, mayormente siendo voluminosos los autos, y ocasionarle dilaciones? El hacer en estos casos la discreta distincion que dicta la equidad y recomienda la conveniencia pública, incumbe principalmente al juez inferior que se halla instruido de los autos, no al superior que se halla en el caso contrario y que nunca puede hacerlos venir, si aquel no los remite originales ó por compulsa. Aun dado caso que el apelante acudiese en queja sobre esto, el superior no podria hoy hacer mas que pedir informe al inferior, y dándolo este contrario, se guardaria bien aquel de mandarle que remitiera los autos originales retenida tal ó tal copia, porque se constituiria responsable de los embarazos ò imposibilidad en que pudiera encontrarse el inferior para llevar adelante la ejecucion. ||

TITULO LXXXII.

De los efectos de la apelacion su mejora, curso y fin.

SECCION I.

Efectos de la apelacion.

5417 Admitida la apelacion por el juez de primera instancia, traslada al superior inmediato el conocimiento de la causa en las partes ó artículos que comprende, y queda aquel con las manos atadas para proceder *ad ulteriora*: si asi no lo hace cometerá atentado, cuya revocacion debe pedirse ante todas cosas, aunque esto ha de entenderse del hecho con dolo, no del que no padece este vicio, porque ha de terminarse con la misma causa. Lo regular es que la revocacion se pida ante el juez superior; pero puede el inferior revocar por sí mismo el que hubiese cometido despues de la apelacion: y las sentencias pronunciadas sobre si tiene ó no lugar dicha revocacion, como ejecutivas por su naturaleza son inapelables, escepto que sean notoriamente nulas é injustas (señor Elizondo, *Pract. univ. for.*, tom. 1, pág. 200, número 3. Véase la diferencia que en esto queda sentada entre las sentencias definitivas é interlocutorias al principio de la seccion 4.ª)

5418 Los atentados se reducen à tres especies: unos se hacen con autoridad de un juez pendiente pleito ante otro; algunos se cometen despues de interpuesta la apelacion ó durante su curso; y otros se hacen requerido ó inhibido ya el juez inferior, con la provision ó despacho del superior para la remision de los autos en menosprecio de su autoridad (el mismo señor Elizondo, tom. 3, pág. 197, núm. 2.)

|| Esta tercera clase de atentados no tiene hoy lugar, pues no se dan tales provisiones ó despachos; á menos que se quieran comprender en ellos los que cometa el juez despues de la remision de los autos, aunque es muy dificil que pueda cometerlos, habiéndose verificado aquella. ||

5419 Todos estos atentados se equiparan al despojo violento, y en ellos se observan los mismos términos que en este, por manera que quien comete el atentado, estando manifiesto y líquido, debe reponer las cosas en su anterior estado con restitucion de frutos y costas, aunque la parte no lo pida (autor y lug. cit. núm. 3.)

|| Todo esto se encierra en el acsioma legal, *appellatione pendente, nihil innovandum.* ||

5420 Surte tambien la apelacion otro efecto, que es el de poder probar en segunda instancia lo que no se probó en la primera. «Sucede muchas veces, dice el señor conde de la Cañada, part. 2, cap. 2, número 15, que la sentencia definitiva es justísima considerado el estado

de la causa, porque la dió el juez arreglada á los hechos probados en el proceso; y que al mismo tiempo es gravosa á la parte que por su omision ó por otras causas no probó la verdad en aquella instancia, y puede hacerlo con el ausilio de la apelacion que es uno de sus efectos señalados en las leyes, especialmente en la 4.ª, tít. 9, lib. 9 de la Recop., y en la 27, tit. 23, Part. 3, cuyas son estas palabras: «E si por ventura alguna de las partes dixere, que falló agora de nuevo cartas ò testigos que le ayudan mucho en su pleito, que non pudo mostrar antél otro juzgador, débegelo rescebir.»

5421 Sin embargo de lo que dice esta ley de Partida acerca de testigos, solo se admite en segunda instancia sobre los mismos hechos suscitados en la primera la prueba instrumental, ó la que se hace por confesion de la parte contraria, no la de testigos (ley 4, tít. 9, lib. 4, hoy 6, tit. 10, lib. 11, Novís. Recop.): escepto que su ecsámen hubiese padecido el vicio de nulidad; que aunque se hubiesen presentado en la primera instancia, no se hubieren ecsaminado en ella; que consientan ambas partes en su presentacion y ecsàmen; que los menores pidan restitucion para probar sobre los mismos artículos de la primera instancia, ò que la causa sea matrimonial (señor Covar. práct. cap. 18, núm. 6: Diego Perez, lib 4, tit. 19 del Ordenam. Real, glos. 1: Matienzo *Dialog. Relat.* 3 part., cap. 46: señor Elizondo, tom. 1, pag. 200, número 4.)

5422 Mas si las partes proponen escepciones nuevas ó las que el juez inferior despreciò en primera instancia, ha de admitirse prueba sobre ellas siendo admisibles en juicio, y no mudando su forma ò naturaleza (señor Salg. de *Supplicat.* part. 2, cap. 8, núm. 5; señor Elizondo, núm. citado)

5423 Contra el lapso que se conceda para probar las escepciones nuevas en segunda instancia, ó que se repelieron en la primera por no haberse opuesto en el término ó con la solemnidad debida, puede pedir restitucion el privilegiado que goza de ella, solicitándola dentro de los quince dias despues de la publicacion, segun debe hacerse en la primera instancia; de suerte que aun cuando se haya concedido en esta, ha de concederse en la segunda, sea sobre nuevos artículos, sea sobre los mismos ó directamente á los contrarios deducidos en la primera. pues aunque la ley 3, tit. 13, lib. 11, Novis. Recop., dice *que se le deniegue otra restitucion*, esto se ha de entender en la primera instancia.

5424 Y si despues de las probanzas en dicho grado en cualquiera tiempo, aunque se haya hecho la publicacion, alegase alguna parte nueva escepcion, jurando que hasta entonces no habia llegado à su noticia ni la habia dejado de poner con malicia, ha de recibirse á prueba dándose para la mitad del término que se señalò en la primera instancia, é imponiendo el juez la pena que le pareciese justa no probàndose la tal escepcion, con tal que no se reciba mas á prueba ni esta ni otra, sea por restitucion ó por otra causa. (Ley 5, tít. 5, lib. 4 de la Recop. Acebedo en ella, núm. 4; hoy 1, tit. 13, lib. 11 de la Novísima.)

5425 No habiéndose tachado los testigos en primera instancia, no podrán tacharse en la segunda porque se aprobaron tácitamente; y aunque se hubiesen tachado en aquella, si no se probaron las tachas, no puede admitirse la prueba de ellas en la segunda por ser un

artículo de la primera; pero si el juez inferior no hubiese querido admitir las tachas, ò por otra justa causa no hubiesen podido oponerse en aquella, se podrán oponer en el escrito de agravios, y han de probarse al mismo tiempo que los puntos principales (Gutier. Pract. libro 1, quæst. 64; *Curia Filip.* part. 5, §. 3, núm. 8.)

|| Esta doctrina en cuanto á la admision de las tachas en segunda instancia no pasaria en la práctica sin una fuerte oposicion. ||

5426 Al contrario de lo que sucede en la apelacion de la sentencia definitiva, la de la sentencia interlocutoria no puede justificarse con nuevas pruebas, y asi no se admitirán en segunda instancia nuevos instrumentos (Pareja, *de edit. instrum.* tit. 2, resolut. 7, núm. 20: señor Dominguez, *Curia ilust.* tom. 1, part. 1, §. 3, núm. 7; leyes 6 y 7, tit. 10; y 6, tit. 21, lib. 11, Novís. Recop.)

5427 Alegando y probando quien se tiene por agraviado de la sentencia que no vió apelar de ella ò proseguir la apelacion por temor de muerte, herida ó prision, debe oirle el juez superior y determinar la causa conforme á justicia (ley 27 al fin, tit. 23, Part. 3); como tambien cuando no continuó la apelacion por causa ó culpa del juez. (Ley 24 al fin del mismo título y Part.)

SECCION II.

De la mejora de la apelacion, su curso y fin.

5428 Cuanto se halla escrito en los libros y leyes y se practicaba antes en punto á la mejora de apelacion, es casi del todo inútil al presente por lo dispuesto en el artículo 50 del reglamento, que habemos citado una y mas veces: el juez tiene obligacion de remitir al superior los autos à costa del apelante; si este no apronta la cantidad necesaria para franquearlos en el correo, debe compelerle á ello á instancia de la parte contraria y aun de oficio.

5429 La pràctica es remitirlos con oficio al regente de la audiencia, quien los manda pasar al repartidor; aunque se han notado en esto no pequeños inconvenientes que pueden y deben prevenirse, porque à los jueces inferiores no se les acusa el recibo de los pleitos y causas que remiten, ni se les dà resguardo alguno que lo acredite; y en esta misma còrte han ocurrido frecuentemente estravíos, sobre todo de causas criminales, sin que las diligencias mandadas instruir en averiguacion del culpable ó negligente hayan dado resultado alguno.

5430 Asi pues hoy dia mejora de apelacion es el mismo escrito de agravios que presenta el apelante en el tribunal superior; para esto pide que se le entreguen los autos, y asi lo encabeza en dicho escrito.

5431 El juez inferior debe señalar término á la parte apelante (y hoy dia á las dos) para presentarse dentro de él al superior y seguir la apelacion. La ley 23, tit. 23, Part. 3, dice: «Seguir debe la parte el alzada, cuando la tomase, al plazo que le pusiese el juzgador. E si por aventura el juez non pusiere plazo á que la siguiesse, mandamos que sea tenudo el que se alzò, de seguir fasta dos meses, é si en este tiempo non la siguiera, finque el juicio de que se agravió, por firme. Otrosi decimos que si la parte que se alzó non pareciese ante el

juez de la alzada al plazo que le fué puesto, ni siguiese el alzada por sí nin por su personero, el juicio de que se alzò vale, é peche las costas á la otra parte que apareciò antél juzgador.» La ley 24 siguiente confirma esto diciendo: «O siguiesse el alzada despues que fuesse pasado el tiempo à que la debia seguir, si la otra parte fuese presente delante del juzgador del alzada, puede decir contra él, que non debe ser oido, é débese cumplir la sentencia del primero juzgador, é si la parte non estuviesse delante, el juzgador de su oficio puede decir eso mismo, si supiere ciertamente que se alzó en el tiempo que non debe, ó que queria seguir el alzada despues que es pasado el tiempo á que la debia seguir, el juzgador non lo debe oir. Empero si el tiemen que debia seguir el alzada, passase, porque el juzgador non le pudiesse oir, ó non quissiese, estonce non le empece al que se alzó. Ca debe el juzgador oirle, é puede seguir su alzada, tambien como si non fuesse el tiempo pasado.» Lo propio dispone la ley 2, tit. 18, lib. 4 (hoy 3, tit. 20, lib. 11, Novís. Recop)

5432 Asi pues, «no cumpliendo la parte con presentarse y seguir su apelacion ante el superior en el término que á este fin le señaló el juez inferior, ó en su defecto en el de la ley, queda enteramente estinguida la facultad y accion de ejecutarlo; pasando dicho término y constando de este hecho al juez, aunque no haya escepcion ni contradiccion de la parte contraria, puede y debe estimarse la sentencia con autoridad de cosa juzgada, y procederse à su ejecucion sin riesgo de injusticia ni atentado.»

5433 «La audiencia instructiva y sumaria que precede por estilo y práctica de los tribunales á la declaracion y ejecucion de la cosa juzgada, se dirige únicamente á ecsaminar y probar el hecho de ser pasado el término y no haber estado dentro del de la apelacion por voluntad y consentimiento de la parte interesada, sin que haya estado legítimamente impedida, que es la escepcion que admite la regla, y por ella se confirma mas.»

5434 Del auto en que se manda ejecutar la sentencia, declárese por pasada en autoridad de cosa juzgada, ó supóngase declarada, no se admite apelacion segun el señor Salgado. (*De reg. protect.* pent. 3, cap. 18, núm. 86), si bien hay autores que opinan lo contrario.

5435 Sobre quién sea el juez legítimo para declarar la apelacion por desierta y hacer ejecutar la sentencia como pasada en autoridad de cosa juzgada, conviene establecer ciertas reglas teniendo en consideracion la práctica de los tribunales y los principios ya espuestos.

5436 En el caso que no se haya apelado de la sentencia dentro de los cinco dias señalados por la ley, el juez que la dió la manda ejecutar, instruyéndose por los mismos autos que estan en su mano del tiempo en que fué dada y notificada la sentencia, y de ser pasado el de los cincos dias sin haber interpuesto apelacion, observándose para tomar esta providencia lo que se ha advertido por regla general; esto es, que comunique traslado á las partes del escrito en que se pretenda la ejecucion de la sentencia por no haberse apelado en tiempo, oyendo breve y sumariamente las causas de legítimo impedimento ú otras con que se intente persuadir no ser pasado, siguiendo en esto la práctica y estilo de los tribunales; pero si el juez mandase sin este pré-

vio juicio llevar à efecto su sentencia, quedará reservada á las otras partes la facultad de proponer las escepciones que impidan su ejecucion en la forma que anteriormente se ha referido.»

5437 Sigue el señor conde de la Cañada ecsaminando otros casos, pero con arreglo á la legislacion y práctica antiguas, que totalmente han desaparecido: espondremos por lo tanto en pocas palabras lo útil y vigente, y lo que á nuestro corto entender deberia aclararse y fijarse.

5438 Segun la ley 23, tít. 23, Part. 3 arriba citada, si el juez no señalaba término al apelante para presentarse y seguir la apelacion, tenia hasta dos meses para hacerlo; pero la 3, tit. 20, lib. 11, Novísima Recopilacion, en el supuesto caso de no haber señalado el juez término ó plazo, concede cuarenta dias, si fuere allende los puertos, y si fuere aqüende los puertos, hasta quince dias; estando el juez de alzadas ó el tribunal superior en el mismo pueblo del juicio, no concede mas que tres, añadiendo que *los mismos plazos haya el apelante para se querellar del juez, si no le quisiere otorgar el alzada; y si en este tiempo no lo quisiere seguir, ó no se querellase, como dicho es, sin que finque firme el juicio......y la parte que hubiere de seguir el alzada sea tenido de se presentar ante el juez de las alzadas con todo el proceso del pleito; y si con el proceso del pleito no se presentase, que no sea oido en el pleito de la alzada, y la sentencia finque firme.*

5439 En el dia, como arriba queda dicho, el juez inferior remite los autos originales, y aunque cita y emplaza á las partes para ante la audiencia respectiva, no suele señalarles término para presentarse: parece pues que en este caso, al menos por analogía, ya que no por identidad de razon, deben regir los términos ó plazos señalados por la ley recopilada.

5440 Sin embargo, no habemos visto tenerse cuenta de ellos; si se presenta el apelante, pide que se le entreguen los autos para mejorar la apelacion; ya habemos dicho que la mejora se reduce al escrito de agravios, ó nueva alegacion cuando haya lugar; lo que se llama escrito de agravios medio no merece la pena de mencion especial ni aun nombre aparte, pues se reduce à pedir la revocacion de la sentencia en lo desfavorable y la confirmacion en lo favorable, cuando contiene diversas partes en uno y otro sentido.

5441 Si no se presenta el apelado, y el apelante le acusa la rebeldía, se manda librar despacho para que se haga saber al primero la venida de los autos y comparezca à usar de su derecho, con apercibimiento de que, no lo haciendo, se seguirá la causa por su ausencia y rebeldía con los estrados del tribunal: y en efecto se sigue, y en ellos se hacen las notificaciones caso de que no comparezca. || Esta última parte se hallaba ya dispuesta en la citada ley 23 de Partida. ||

5442 Cuando no se presenta el apelante y sí el apelado, se pide por éste que se declare por desierta la apelacion, y la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada; asi parece que debia hacerse con arreglo á la dicha ley 23 y á la Recopilada que habemos citado; al menos despues de acusada la rebeldía y hecha su notificacion en estrados. Sin embargo, aun en este caso suele librarse despacho en los mismos términos y para los mismos efectos que en el primero, aunque habemos presenciado el ejemplo de lo contrario.

5443 El punto es demasiado importante para dejarlo en tanta incertidumbre y variedad, por no decir choque y contradiccion. La práctica de librar nuevos despachos para hacer saber la venida de los autos, parece no estar en armonía con el espíritu y objeto del reglamento que, mandando al juez inferior la remision directa de aquellos, citadas y emplazadas las partes, se propuso abolir los testimonios que se pedian al mismo inferior, y los despachos que despues se daban por el superior no solo para la venida de los autos, sino para la citacion y emplazamiento de las partes: innovacion feliz que escusa grandes gastos y dilaciones. Convendria pues fijar estos dos puntos; primero: si en el caso de no señalar el juez término ó plazo à las partes, debe regir el que respectivamente marca la ley Recopilada; segundo: si bastan la citacion y emplazamiento hechos por el juez al tiempo de mandar la remision de los autos, de manera que puedan estos seguirse sin que el superior libre nuevos despachos (à lo que nos inclinamos nosotros), ó si ha de continuar librándolos.

|| Sobre la prueba que puede hacerse en segunda instancia, se ha hablado en la seccion anterior ||

5444 Las leyes y los cánones señalaron el término de un año para continuar y concluir la instancia de la apelacion. (Ley 11, tit. 18, lib. 4 (hoy 5, tit. 20, lib. 11, Novis. Recop.) cap. 5 de *Appellat.* y *Clement.* 3 del mismo título.) El año comienza à correr desde el dia en que se apeló, sobre lo cual no hay duda, por espresarlo asi dicha ley Recopilada; pero la hay acerca de si «el fin del referido término..» ha de ser la conclusion ó sentencia, de manera que cumpla la parte que apeló con poner la causa dentro del año conclusa y en estado de que el juez pueda dar sentencia, sin que perjudique su retardacion al derecho de las partes, ni se entienda desierta la apelacion, ni pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada.

5445 En esta controversia y en la de si el año puede suspenderse ò prorogarse por el convenio espreso ó tàcito de los litigantes, emplea el señor conde de la Cañada doce páginas, esponiendo por ambas opiniones muchos fundamentos y autoridades; pero toda esta doctrina es enteramente superflua, puesto que, como vemos, no se atiende en el foro á si se ha pasado ó no el año, á si se ha suspendido ó prorogado, segun tambien lo confiesa el mismo autor diciendo en el cap. 3, Part. 2, núms. 124 y 125:

5446 «Toda la materia de estos años fatales para seguir y acabar las apelaciones ha llegado á quedar casi inútil en la práctica de los tribunales; porque radicados los autos por via de apelacion en el superior competente, proveen las leyes de oportuno remedio á las partes que obtuvieron la sentencia para que insten su brevedad; y cuando no lo hacen, vienen á caer en el medio ya insinuado de proceder con uniforme acuerdo en la suspension temporal de la causa, que es el primer fundamento en que puede consistir el no escitarse controversias en los tribunales sobre el tiempo que señalan las leyes para seguir y acabar las apelaciones."

TITULO LXXXIII.

Del remedio de adherirse á la apelacion, y de sus efectos.

SECCION I.

Orígen, motivos y estension de este remedio.

5447 Febrero no trata de propòsito y por separado este punto, y tan solo por incidencia consagra á él una línea en su tomo 4, pàg. 328, núm. 438, al hablar de la sentencia definitiva: el reformador en su precioso apéndice del tomo 5, pág. 20, lo encierra, como de paso, en una simple nota ó advertencia. Nosotros creemos que por su importancia y frecuente uso merece algun mayor conocimiento y estension, por lo que daremos un breve estracto de los difusos, aunque bien razonados, arts. 6 y 7 del señor conde de la Cañada en la part. 2 de su citada obra.

5448 El remedio de la adhesion á la apelacion (segun se llama en el lenguaje forense) fue desconocido en el antiguo derecho romano. La razon no pudo ser otra, sino que el que no apela de la sentencia, aun cuando lo hace la parte contraria, la aprueba y ratifica, y no puede venir contra su propio hecho impugnàndola en el tribunal del juez superior; debe pues limitarse, si ha de ser consiguiente, á pedir su confirmacion.

5449 Justiniano por su ley39 (Cod. *de Appellat.*) enmendó en este punto la antigua legislacion, permitiendo á la parte que no apeló, que á consecuencia de la apelacion contraria pueda pedir en el tribunal superior que se reforme la sentencia del inferior en lo que la considere gravosa y perjudicial.

5450 Asi la adhesion puede definirse con el señor Suarez de Figueroa *en su tratado de* Jure adhærendi, cap. 3, núm. 7, *un remedio subsidiario á causa de haberse omitido la apelacion, por el que consigue el que se adhiere á la apelacion contraria lo mismo que conseguiría si por su parte hubiese apelado*; por manera que el que apela y el que se adhiere son de una misma condicion, como si los dos hubieran apelado.

5451 En la citada ley romana no se encuentra la tal voz de *adherirse*; y á decir verdad hay impropiedad de lenguaje en usarla, pues que comunmente y segun nuestros diccionarios significa todo lo contrario de lo que se la hace significar en el foro; pero lo cierto es que el apelante y el que se adhiere convienen en el intento y pensamien-

to de mejorar sus derechos ante el superior, y que la adhesion surte en favor del adherido los efectos de verdadera apelacion.

5452 No se halla ley alguna entre las del reino que renueve ni autorice en forma de ley la mencionada del emperador Justiniano, ni la citan los autores que tratan de intento de su inteligencia; pero está recibido este remedio por la práctica general y constante de los tribunales.

5453 La adhesion no puede tener lugar ni es necesaria cuando el juicio y la sentencia dada sobre él contienen un solo artículo: en tal caso, si la parte vencida apela de ella, el vencedor satisface todos sus oficios pidiendo simplemente la confirmacion; y lo mismo ha de decirse cuando los capítulos de la sentencia tienen relacion y conecsion precisa por el órden y dependencia respectiva, pues aunque sean muchos, vienen à formar uno solo: queda pues reducido este remedio al caso en que la sentencia contiene diversos capítulos sin la tal conecsion y dependencia.

5454 Cierto es que la omision de no apelar induce una aprobacion y consentimiento de lo juzgado; que parece cosa indigna y torpe impugnar y reclamar sus propios hechos, diciendo que la sentencia es injusta y perjudicial en alguna parte; que esta aprobacion y consentimiento son tan eficaces que llevan la sentencia á cosa juzgada, y se procede à su ejecucion en la parte en que no es apelable la sentencia; que la apelacion es limitada al gravàmen que se siente y motiva; pero concurren otros fundamentos mas superiores para justificar el remedio de la adhesion.

5455 La parte que no apela de la sentencia en algun artículo que la perjudica, se acerca mas al espíritu de las leyes que desean la brevedad y fenecimiento de los pleitos, pues en cuanto á sí toca, ha contribuido á que se logren estos fines con el hecho de no apelar, prefiriendo pasar por el daño que le causa la sentencia à continuar el pleito con grave perjuicio de la causa pública.

5456 Estas loables intenciones quedan frustradas por la apelacion de la parte contraria, y no parece justo por lo mismo hacerla de mejor condicion que á la bien intencionada.

5457 La aprobacion que se induce del hecho de no apelar no pasa de una presuncion; el consentimiento no fue absoluto y espresivo, ni determinado à reconocer la justicia de la sentencia; tuvo por causa y objeto evitar mayores gastos y dilaciones acabándose el pleito con aquella sentencia; faltó por la apelacion contraria esta condicion ínsita y natural; justo es pues en estas circunstancias que la parte que calló quede por la adhesion en aptitud de gozar de las mismas ventajas que la apelante.

5458 Si en el caso propuesto de ser la sentencia en parte favorable y en parte adversa sobre diversos capítulos, no fuese recíproca la esperanza de mejorar su justicia en la segunda instancia, se multiplicarian al infinito las apelaciones, pues desde luego se prepararia cada parte con su respectiva apelacion en todo lo que la sentencia le fuese desfavorable; à mas de que en este juicio de apelacion y en todas es muy recomendable la equidad y justicia entre las partes; y por esto en la ley 10, Cod. *Quando provocare non est necesse*, se dispone que si el

juez condenó à la parte en todo lo principal que fue deducido en la demanda, pero no en las costas y perjuicios, apelando la parte condenada, pero no la otra de la omision de costas, todavía el juez superior puede y debe condenarla en ellas, si lo estimare justo.

5459 En seguida ecsamina el señor conde de la Cañada la opinion de aquellos autores que para dar lugar al remedio de la adhesion distinguen de fórmulas en el modo de concebir la apelacion; una, si la parte que recibió agravio en uno ò mas capítulos, y en otros obtuvo sentencia favorable, apeló sencillamente sin moderacion ni restriccion alguna, en cuyo caso admiten el remedio subsidiario de adherirse á la apelacion; pero le niegan cuando se apela con limitacion à los capítulos que fueron contrarios en la sentencia, consintiendo en los favorables.

5460 El mencionado autor rebate esta opinion lata y fundadamente, demostrando que en ambos á dos casos debe tener lugar el remedio; y su opinion es la admitida uniforme y generalmente en la práctica.

SECCION II.

Del tiempo en que la parte que litiga debe adherirse á la apelacion contraría.

5461 Febrero en el tomo y lugar citados en la seccion anterior dice simple y generalmente que no hay término señalado para adherirse á la apelacion contraria.

5462 El señor conde de la Cañada en su capítulo 7, part. 2, ecsamina tambien esta cuestion, partiendo siempre del dato cierto de no haber ley alguna entre las del reino que permita este remedio subsidiario, y en el núm. 7 dice: «Queda al parecer bien demostrado con las razones espuestas que los cinco dias que se conceden para apelar ó estinguir con su curso el uso de este remedio, no corren al que quiera adherirse á la apelacion contraria, ni pierde este ausilio, aunque no use de él dentro de ellos, y que el primer punto en que puede empezar el término para adherirse es el último dia del emplazamiento.»

5463 En seguida hace ver que tampoco puede correr desde este dia, para lo que enumera los tràmites de la apelacion hasta llegar al escrito de agravios, y añade: «De este escrito se dá traslado à la parte que apeló, y respondiendo à él se adhiere à dicha apelacion pretendiendo que la sentencia se confirme en los capítulos que espresa y le fueren favorables, y que se estime y declare por nula, de ningun valor ni efecto, ó revoque como injusta en las partes que le fué perjudicial, señalàndolas con ampliacion á la condenacion de costas omitida en la sentencia, y à las que se causasen en la instancia de apelacion.»

5464 «Esta es la forma que observan las partes por uso y práctica comun de los tribunales; y por ellas se confirma ser ese el tiempo preciso en que se debe usar del derecho y facultad de adherirse á la apelacion contraria, y oponerse en consecuencia à lo juzgado en la parte en que lo considere gravoso, pidiendo se enmiende y reponga declarándola à su favor, segun y como lo pretende y solicita.»

5465 «Si en este tiempo, que es el de la respuesta y contestacion á la pretension del apelante, redujese la suya à que se confirme la sentencia sin oponerse à ella en parte alguna, estingue el derecho de adherirse y todos sus efectos; pues se entiende que aprueba la sentencia enteramente, sin que pueda despues variar su pensamiento.»

5466 «Por todo lo espuesto se concluye que la razon, la autoridad y el uso constante de los tribunales han señalado el referido término para adherirse á la apelacion contraria, y que pasado sin ejecutarlo, escluye el derecho de adherirse; asi como el señalado para apelar estingue este ausilio comun, y pasa la sentencia en autoridad de cosa juzgada.»

FORMULARIO

EN MATERIA DE APELACIONES.

Pedimento de apelacion.

5467 F. en los autos con D. sobre tal cosa digo: que por la sentencia pronunciada en ellos à tantos de.... se manda á mi parte que pague ó haga tal cosa; y mediante á que dicha sentencia (hablando con la judicial modestia) le es gravosa y perjudicial, apelo de ella para ante quien puedo y debo hacerlo segun su derecho: en cuya atencion

A V. suplico se sirva admitirme dicha apelacion lisa y llanamente en ambos efectos, y mandar que se remitan los autos originales al tribunal superior, pues asi es justicia que pido, etc.

|| Hoy se apela siempre para ante la audiencia territorial, y se espresa en el pedimento.

De este se dá casi siempre traslado á la parte que obtuvo sententencia favorable; y con lo que dice oponiéndose ó no, se provee auto admitiendo la apelacion cuanto ha lugar en derecho, y mandando se remitan à la audiencia los autos originales por conducto del señor regente, prévia citacion y emplazamiento de los interesados.

A veces el juez espresa en el auto que admite la apelacion en ambos efectos; otras, que la admite únicamente en el devolutivo; y en este caso habrà de guardarse lo prevenido en el artículo 49 del reglamento provisional.

Si la parte condenada no apela de la providencia en el término legal ante el juez que la pronunció, debe la otra dar pedimento acusándole una rebeldía, haciendo una relacion de la providencia y del dia en que se le hizo saber, y pretendiendo se declare por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. ||

Pedimento para que se declare una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.

5468 F., en nombre de N., en los autos con D. sobre tal cosa, digo: que habiéndolos V. visto, dió en tal dia sentencia definitiva condenando al espresado D. en tal cosa, la cual se le hizo saber en tal dia; y sin embargo de haber pasado el término de apelar y mucho mas, no lo ha hecho: en cuya atencion le acuso la rebeldía, y

A V. suplico se sirva haberla por acusada, y en su consecuencia declarar dicha sentencia por consentida por la otra par-

te y por pasada en autoridad de cosa juzgada, mandando se lleve á debida ejecucion, y que se dé á mi parte el competente testimonio que le sirva de ejecutoria para resguardo y conservacion de su derecho, que pido.

|| A este pedimento se provée; *por acusada la rebeldía, autos citadas las partes etc.*; y pasados los tres dias despues de la última citacion se dá el siguiente: ||

Auto declarando una providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.

5469 Mediante no haber apelado la parte de D. de la sentencia dada en tal dia, por la cual se le condenó á tal cosa, ni espuesto cosa alguna acerca de ella, y haber pasado el término en que lo debió practicar y mucho mas, se declara por consentida y por pasada en autoridad de cosa juzgada, condenándole á que esté y pase por su tenor sin contravenir á él en manera alguna bajo de tal pena aplicada á penas de Cámara. Dése á esta parte el testimonio que pide. Con vista de autos lo mandó el señor don F. (*Este auto se hace saber á ambos litigantes*)

|| En la seccion 1 de este título de apelaciones se ha dicho esto mismo, y tambien que el juez puede llamar simplemente los autos y en la audiencia prócsima hacer la declaracion sin citar á las partes, porque no tiene para qué citarlas. ||

5470 Siendo en parte absolutoria y en parte condenatoria la sentencia ó auto pronunciado, si uno de los litigantes pide se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, se deferirá á ello condenando á entrambos á su observancia; y si uno de ellos apeló y luego se arrepiente y desiste de la apelacion interpuesta, como puede hacerlo, consintiéndolo su contrario, se debe dar traslado á este del desistimiento, y conformándose con él, se le habrá por conforme y se declarará la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, segun se espresa en el auto anterior.

Mejora de apelacion en la Audiencia.

|| En la seccion 2, título «de los efectos de la apelacion y su mejora,» habemos dicho cuàl sea la práctica (aunque no uniforme) cuando por no presentarse el apelante en la audiencia pide la parte apelada que se declare por desierta la apelacion, y por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia del inferior. Presentándose el apelante pide que se le haya por parte, y se le entreguen los autos para mejorar la apelacion. ||

Pedimento mejorando las apelaciones en la Audiencia.

5471 Escmo. Sr.:=F., en nombre de N., vecino de... en los au-

tos promovidos á instancia de D. sobre tal cosa, mejorando la apelacion que tengo interpuesta, é interponiéndola de nuevo en caso necesario, del definitivo pronunciado por el juez de primera instancia de esta córte (ó del pueblo ó partido que sea) don M. en tantos de tal mes, por el que condenó á mi principal á etc., digo: que V. E. en justicia se ha de servir declarar nulo dicho definitivo, y reputándole de algun valor, revocarle como injusto, absolverle de la demanda, declarando etc. etc. pues asi es de hacer por lo que resulta de autos y ahora se espondrá (ó atendidas las razones siguientes) etc. etc. Por tanto

A V. E. suplico se sirva proveer y determinar, como al principio de este escrito dejo solicitado, con arreglo á derecho y justicia, que pido jurando lo necesario etc.

Respuesta al pedimento anterior.

5472 Escmo. Sr.:=G., en nombre de D., vecino de... en los autos contra N. sobre tal cosa, en uso del traslado que se me ha conferido del escrito de mejora de apelacion interpuesta por la contraria de la sentencia definitiva pronunciada en estos autos á tantos de... por el juez de primera instancia (de tal parte) don M., por la que se sirviò condenar á D. á tal cosa, en que solicita que V. E. se sirva declarar nulo dicho definitivo, ó reputàndole de algun valor, revocarle como injusto, absolverle, etc. adhiriéndome á la apelacion contraria (*caso de adherirse*) digo: que V. E. con absoluta desestimacion de tan ilegal solicitud se ha de servir confirmar en todas sus partes el referido auto del inferior, como el mas justo y arreglado á derecho, condenando en las costas de las dos instancias al contrario con los demas pronunciamientos que el Tribunal tuviere á bien, atendido el mérito y resultado de los autos con lo demas que se espondrà, etc. etc.; en cuya atencion

A V. E. suplico se sirva proveer como al principio de este escrito dejo solicitado, pues es de justicia, que con costas pido y juro etc.

|| El pedimento ó escrito de mejora de apelacion y el de agravios son una misma cosa; à veces la parte que no apelò, al responder al de agravios ó mejora del apelante, y haciendo uso del beneficio de la adhesion, presenta un pedimento, que algunos llaman *de agravio medio*, en los términos siguientes:

5473 Escmo. Sr.=G., en nombre de D., en los autos con N. sobre la cosa, adhiriéndome á la apelacion que ha interpuesto la contraria de la sentencia pronunciada en ellos á tantos de... por el juez de primera instancia de... don M., por la que mandò tal cosa, digo: que se me ha dado traslado de su escrito de tantos, y sin embargo de lo en el espuesto, V. E. en justicia se ha de servir confirmar la referida sentencia en la parte en que se mandò esto, y revocarla en la parte en que mandó aquello; pues así es de hacerse por lo que resulta de autos y se espondrá. (*Se alega y concluye como en los anteriores pedimentos.*) El auto á todos ellos es=Traslado.

5474 Cuando se apela de auto interlocutorio ó de definitivo sobre negocios de menor cuantía (que en nuestro concepto era la del artículo 67 del reglamento) los trámites en la audiencia son los sencillos del artículo 69, que por el Real decreto de 8 de octubre de 1835 se hicieron estensivos à las indicadas apelaciones: no hay mas que una peticion formularia de procurador para que le tenga por parte y se le entreguen los autos por via de instruccion, á lo que se accede desde luego; y á veces se dice «à su tiempo», porque tambien en estas apelaciones hay la incierta, y tal vez no acertada práctica que habemos notado en la seccion 2 del título de los efectos de la apelacion &c.

TITULO LXXXIV

De la súplica ó suplicacion.

SECCION I.

Su orígen, tiempo y modo de proponerla; en qué conviene y se diferencia de la apelacion.

5475 Para proveer en lo posible á la mayor defensa y tranquilidad de los litigantes, no se ha contentado el legislador con otorgar apelaciones de las sentencias de los jueces inferiores, sino que en ciertos casos, y generalmente en todos los civiles de alguna importancia, concede tambien súplica de las pronunciadas en vista ó segunda instancia por los tribunales superiores.

5476 La súplica trae su orígen de la merced y gracia del Rey, y esta supone que la primera sentencia, á que se refiere la súplica, hace cosa juzgada con efecto de verdadera ejecutoria, y que necesita de toda la autoridad Real para que por gracia ó merced abra el juicio y mande que se vuelva á ecsaminar, que es á lo que corresponde el nombre de revista, siendo esta una diferencia notable entre la súplica y la apelacion; pero este medio que en su orígen fué de gracia, se ha hecho ya ordinario y de justicia por las leyes, como lo funda con otros Maldonado (*de Secund. supplication.* tít. 1, cuestion 1, núm. 25.)

5477 Por consideracion á la mas alta y distinguida dignidad con que los señores Reyes han autorizado estos tribunales y sus ministros, se debe proceder en el modo de interponer las súplicas y en el fin con el mayor acatamiento y decoro de los mismos jueces; pues aunque las leyes disponen en lo general que los que apelan sean muy moderados en sus palabras, no agraviando al juzgador, como hemos dicho que se previene en las leyes 26, tit. 23, Part. 3; y 24, tit. 20, lib. 11, Novísima Recopilacion, aun deben ser mas sumisas y reverentes las palabras de la súplica, motivàndolas en el error de los litigantes ó en la malicia de las contrarias, sin atribuirla á los jueces ni á su ignorancia ó malicia; y esta es tambien otra de las diferencias entre la apelacion y súplica, aunque muy justa por lo mucho que importa mantener el alto respeto y decoro de los tribunales superiores, haciéndolos parecer al público como infalibles en sus resoluciones.

5478 De aqui viene que en revista ó en tercera instancia no se pide *que sea revocada la de vista por injusta*, segun se dice de la del inferior al mejorar la apelacion en el escrito de agravios, sino que se usa del modesto y respetuoso lenguage, *que se supla y enmiende.*

5479 Por estas mismas consideraciones deben los letrados, cuando supliquen, ser muy cuidadosos en proponer nuevos hechos, y producir algunos instrumentos, aunque no sean muy importantes à la justicia de la causa, para que el tribunal pueda motivar en estas nuevas alegaciones y probanzas la reforma y enmienda de su anterior sentencia.

|| Esto es siempre recomendable, pero no tan preciso hoy dia puesto que segun el artículo 264 de la Constitucion de 1812, «los magistrados que hubiesen fallado en la segunda instancia, no podrán asistir á la vista del mismo pleito en la tercera,» y segun el 285, «cuando la tercera instancia se interponga de dos conformes, el número de los jueces que haya de decidirla, deberá ser mayor que el que asistiò á la vista de la segunda.» ||

5480 «En la súplica ha de motivarse el gravámen que irroga la sentencia à la parte, y esto es tan necesario que no basta alegarlo ni espresarlo al tiempo de interponerla, si los jueces no lo conciben, á lo menos con probabilidad, por los hechos del proceso, ò hallaren que se pueden mejorar por la parte que suplica con nuevas alegaciones y probanzas; pues faltando estos fundamentos estiman la súplica por frívola y maliciosa, y no la admiten cuando la interpone la parte. Muchas veces previenen los jueces este caso en sus sentencias cuando hallan notoria la justicia, y que no se puede variar, y entonces mandan que se ejecuten sin embargo de suplicacion, que es adelantar el dictàmen y prevenir lo que habian de proveer en el caso de que se suplicase de la citada sentencia» (señor conde de la Cañada, cap. 4, part. 2, núm. 13.)

|| A pesar de lo que dice este respetable autor se admiten las súplicas sin espresar ni motivar especialmente los agravios, siempre que procedan de derecho, atendida únicamente para esto la naturaleza de la causa. Al hablar de las apelaciones habemos observado cuan aventurado seria denegarlas por el simple concepto de frívolas y maliciosas: lo mismo repetimos respecto de la súplica; el juez se espondria á un recurso de queja ante la audiencia; esta á un recurso de nulidad ante el supremo tribunal de justicia denegando la súplica sin embargo de ser conforme à derecho. (Artículo 4 del Real decreto de 4 de noviembre de 1838.)

Asi pues no se atiende hoy para conceder ó denegar la súplica sino á la naturaleza de la causa, segun la que está concedida ó denegada por la ley misma, y para nada entra en ello el concepto que hayan formado los jueces de si puede ò no mejorarse, si es ò no frívola y maliciosa. Por lo mismo nunca se pone la cláusula «ejecútese;» y únicamente cuando hay disposicion clara y espresa que prohiba la súplica, como acontece en los artículos, suele mandarse en la misma sentencia que se devuelvan los autos al inferior, dando á entender con esto que no cabe ni se admitirá súplica. ||

5481 El término para suplicar es el de tres dias, si se hace de sentencia interlocutoria (entiéndase sobre artículos promovidos en la misma audiencia, no de los venidos en apelacion: Real decreto de 8 de octubre de 1835), y el de diez, si se suplica de sentencia definitiva, empezando á contarse desde su notificacion. Puédese interponer

la súplica ante el escribano de la causa, con tal que el primer dia de audiencia se presente en ella, y no haciéndolo así, se tendrá por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia. (Ley 1, tit. 21, lib. 11 Novísima Recop.; *Curia Filip. ilust.* tomo 1, part 5, §. 4, núm. 10.) (Véanse el artículo 52 del reglamento y la regla tercera del 134 de las ordenanzas); pero no suele ponerse la hora de la notificacion, y en tal caso no se cuenta el dia, por mas que este término sea de los fatales y perentorios y deba correr de momento á momento. Recordamos tambien que la súplica debe interponerse ante la misma sala que falló en vista (véase la pág. 97 del tomo 5.)

5482 Aunque los recursos de apelacion y súplica tienen entre sí tal relacion ó semejanza que en general solo se permite la segunda cuando la primera, y ambas se sustancian de un mismo modo (sino es que la ley disponga espresa y literalmence otra cosa); hay varias y singulares diferencias entre ellas.

5483 El término de introducir uno y otro remedio es diverso, como ya se ha dicho; la apelacion suspende por lo regular la ejecucion, y la súplica no con tanta generalidad; son muchas las causas asi civiles como criminales en que, sin embargo de concederse apelacion, no se concede súplica: en la apelacion se trata de la iniquidad ó injusticia del juez inferior, y en la súplica únicamente de la equivocacion del superior; en la sentencia pronunciada en grado de apelacion se declara que el juez inferior juzgó bien ó mal, y en las dadas en grado de súplica se enmienda lo determinado en vista por razon de los nuevos autos y sus méritos, (Señor Elizondo, práct. univ. for., tomo 6, cap. 14, núms. 5 y 6.)

|| Otras diferencias tomadas del autor citado, enumera el reformador del Febrero; pero han desaparecido ya, ó no las comprendemos: que en la instancia de apelacion es diferente el juez del que conoció en la súplica ó revista; esta diferencia ha desaparecido por el artículo 264 de la Constitucion arriba mencionado: que la apelacion puede interponerse dos veces, y la súplica solo una fuera de dos casos; nosotros no comprendemos que hoy pueda haber mas que una sola instancia de apelacion, porque no hay mas que jueces de primera instancia, ni mas tribunales de apelacion que las audiencias: que la apelacion se permite antes de la decision de la causa, y la súplica solamente despues; tampoco lo comprendemos, porque si antes de la decision de la causa puede apelarse de artículos, puede tambien suplicarse de los que se hayan promovido en la misma audiencia y sean de suyo suplicables. ||

5484 Convienen la apelacion y súplica en que así como el remedio de la primera es comun à ambos litigantes, de suerte que aun sin solicitarlo en el tribunal superior la parte victoriosa, puede ser reformada en favor suyo por el mismo la decision del juez inferior; asi tambien los recursos de súplica «son igualmente comunes à los interesados en el pleito, y surten los propios efectos de tener las audiencias facultad para enmendar sus resoluciones en beneficio de quien obtuvo sentencia favorable y puramente por adhesion» (señor Elizondo, lug. cit., núm. 7.)

SECCION II.

Cuándo ó de qué sentencias tenga lugar la súplica; y cuándo pueda suplicarse segunda vez.

5485 El recurso de la suplicacion se debe admitir en todos los casos, escepto en los que especialmente está prohibido. (*Curia Filip. ilustr.* tomo 1, part. 5, §. 4, núm. 10.)

5486 Está prohibida la suplicacion y todo otro recurso, cuando el tribunal superior confirma en vista la sentencia de jueces árbitros ò arbitradores; pero sí puede suplicarse de la sentencia revocatoria, quedando en su fuerza la ejecucion que se hubiese hecho de la sentencia arbitraria, hasta que se dé sentencia en revista. Lo mismo ha de decirse de las transacciones hechas entre partes. (Ley 4, tit. 17, libro 11, Novísima Recopilacion.)

5487 Asimismo, si la sentencia de remate se revocase en segunda instancia, habrá lugar á suplicar de esta sentencia revocatoria; mas no podrà ejecutarse, sino es que la sentencia apelada fuese manifiestamente nula, inicua ó injusta, en cuyo caso no surtirà la súplica efecto suspensivo por ser frívola.

5488 Pero al contrario, si la sentencia absolutoria declarando no haber lugar á sentenciar la causa de remate fuere revocada y se mandase hacer, se harà en efecto sin embargo de suplicacion, por ser una prerogativa de la sentencia de remate el ejecutarse no obstante apelacion ó súplica. (*Curia Filip.*, part. 5, §. 4, núms. 8 y 9.)

|| Al copiar los dos números anteriores habemos hecho alguna ligera variacion en los términos á beneficio de la claridad, porque nos ha parecido impropio é inesacto decir que de la sentencia revocatoria de la de remate tendrán lugar la apelacio, &c.

Tenemos sin embargo que hacer dos observaciones. Primera: la imposibilidad de que se ejecute la sentencia de vista revocatoria de la del inferior, por la que declaró no haber lugar á sentenciar la causa de remate: en tal caso los autos han debido pasar originales al superior; ¿cómo pues y quién ha de ejecutar su sentencia? ¿Se pretenderá que haya de regir para la súplica lo dispuesto para la apelacion en el artículo 49 del reglamento? Asi habria de ser por necesidad; pero los inconvenientes de gastos y dilaciones lo resisten. Segunda: del contesto de los dos números indicados se infiere que no debe admitirse súplica de la sentencia de vista confirmatoria de la de remate, y asi se cree generalmente; pero habemos visto ejemplares encontrados en una misma sala, y no hallamos ley espresa en que pueda apoyarse tal doctrina. El articulo 66 del reglamento habla de los juicios sumarísimos y plenarios de posesion, no de los otros juicios sumarios, cual es el ejecutivo. Celebrariamos no obstante, que en el caso propuesto se prohibiera por ley la admision de la súplica, porque al fin es un juicio sumario; las sentencias dadas en él no causan escepcion de cosa juzgada para el ordinario, la fianza salva ademas los derechos del actor, y en tales circunstancias parece repugnante seguir en el tribunal superior los mismos trámites é instancias del juicio ordinario. ||

5489 Es inadmisible la súplica de las sentencias pronunciadas en los juicios posesorios. (Véase el art. 66 ya citado del reglamento.)

De las interlocutorias que no tienen fuerza de definitivas. || Esto debe entenderse de las dadas sobre artículos ó incidentes promovidos en el mismo juicio de vista, porque las interlocutorias apeladas del juez inferior, sea cualquiera su fuerza y eficacia, nunca admiten súplica segun el Real decreto de 8 de octubre de 1835. ||

De aquellas en que se reciben á prueba los autos en segunda instancia, ni de las dadas sobre admitir ò no instrumentos en ella.

Ni de las de graduacion en concurso de acreedores.

Ni de los autos sobre artículos de administracion y de los de tenuta proveidos por el Consejo. || En el dia no ecsisten los juicios de tenuta ni de administracion, al menos como se conocian antes, y no pueden reconocerse los mismos efectos. ||

Ni de los autos sobre retener ó remitir los procesos á cierto juez, cuando no se confirme, declare ó revoque alguna providencia de que se hubiese apelado, pues entonces se oye la súplica de este auto. || Tampoco pueden hoy dia las audiencias avocar ni retener los autos, ni aun mandarlos traer, aunque sea *ad effectum videndi*. (Art. 59 del reglamento) ||

Ni de lo determinado en los negocios eclesiásticos llevado á las audiencias por recurso de fuerza, ya sea negando esta, ya clasificàndola de tal y remitiendo el proceso al juez real ó reteniéndolo en la sala, ó ya mandando que el eclesiástico le otorgue, reponga y absuelva.

Ni de las de menor cuantía en los términos que previene la ley de sustanciacion de 10 de enero de 1837.

Ni de las comprendidas en el art. 67 del reglamento provisional.

Ni de la en que se manda jurar de calumnia bajo la pena de confeso.

Ni de la declaracion sobre ser ó no bastantes las causas de la recusacion; ó de la sentencia ó auto dándose por recusado un ministro, pues de lo contrario serà suplicable.

Ni de aquella en que se multa á un abogado por formar interrogatorios sobre los mismos artículos de la primera instancia ó directamente contrarios.

Ni de la aprobacion de fianzas dadas para llevar à ejecucion las sentencias arbitrales ó transacciones.

Ni de las declaraciones de ser ó no suficientes las fianzas de quien intenta el recurso de mil y quinientas.

Ni de las de depositar el recusante la cantidad señalada por ley.

Ni de las sentencias que daba el Consejo de Castilla sobre visitas de escribanos, y determinaciones del mismo en las visitas ordinarias que alguno de sus señores ministros hacía de los escribanos de càmara, relatores y demas subalternos. (Leyes 12 y 13, tít. 21, lib. 11 Novísima Recopilacion.)

Ni de dos sentencias conformes de cualesquier jueces sobre rentas ò propios de pueblos. (Ley 5, tit. 5, lib. 7 de la misma.)

Ni de las providencias en que se mandan llevar á la sala los pleitos en definitiva. (Leyes 25, tít. 23, Part 3; 7, tít. 21; 6, tit. 10; 6, título 21; 2, tit. 21, lib. 11 Novís. Recop.; señor Salg. *Labyr.* part. 1,

cap. 16, núm. 64; señor Vela, dissert. 36; señor Larrea, decis. ult., señor Elizondo, Pract. univ. for. tom. 1, pág. 244, núm. 7, tom. 5, parte 1, cap. 6, §. 5, núm. 19, y tom. 6, lug. cit. núm. 11; señor Dominguez, *Curia Filip. ilust.* tom. 1, part. 5, §. 4, núm. 15.)

Ultimamente, de lo proveido en las visitas de cárceles no ha lugar la suplicacion, sino que debe aquello cumplirse y ejecutarse. (Ley 20, tit. 39, lib. 12, Novís. Recop.)

5490 Mas sin embargo de todo lo espuesto hay dos casos en que tambien puede suplicarse segunda vez en los tribunales superiores, á saber: cuando en la sentencia de revista hay nueva declaracion ó condenacion acerca de hecho nuevo ó caso omitido sobre el que no se habia dado ninguna decision; y cuando pronunciada la sentencia de vista, se opuso alguno ó se le hizo saber el estado del pleito; pues este ó su contrario pueden suplicar de la sentencia de revista, mediante á que es de vista respecto de los que comparecen nuevamente en el juicio. En el primer caso se da ejecutoria por lo que se ha juzgado en revista, y no en el segundo hasta que se determine el negocio con todos; si bien lo contrario se vé frecuentemente en los pleitos ó concursos de acreedores en que se despacha carta ejecutoria por lo sentenciado en revista con la fianza de acreedor de mejor derecho. (*Curia Filip.* part. 5, §. 4, núm, 6; señor Elizondo, Pract. univ. for. tom. 6, part. 1, cap. 14, número 9.)

5491 Es tambien dispensable la súplica de sentencias de vista ò revista que tengan nueva cualidad de que el juez ordinario no conoció: de modo que por esta regla siempre que se trate acerca de admitir la súplica de la tercera ó última sentencia, deberá dispensarse, cuando sobre la novedad no hubiese habido anterior disputa tácita ó espresamente; atendiéndose para entender legalmente si la decision comprende novedad, á la demanda con que dió principio la causa, de cuyo contesto se reconocerá si las sentencias son ó no conformes en todas sus partes. (Señor Elizondo, lug. cit, núm. 10.)

5492 Contra las sentencias que no admiten súplica no puede alegarse nulidad, por notoria y evidente que sea, ni concederse restitucion; y las que sin embargo de la súplica sean ejecutivas, lo serán tambien aunque se intente su nulidad. (Leyes 2, tit. 18; y 5, tit. 13, lib. 11, Novís. Recop. Véanse los primeros números del título de la nulidad de la sentencia definitiva.)

FORMULARIO

SOBRE LA SUPLICA Ó SUPLICACION.

Pedimento interponiendo la súplica.

5493 Escmo. Sr.:—F., en nombre de N., en los autos con D. sobre tal cosa, digo: Que se ha pronunciado sentencia en vista con fecha... del presente mes de..., por la que V. E. se ha servido confirmar la dictada en tantos de tal mes por el juez de primera instancia de tal parte D. M., en que se declaró, &c.; cuya providencia no puede menos mi principal de considerarla como perjudicial y gravosa, hablando con la debida venia. (*Si por ser confirmatoria en todas sus partes, ó por otra particularidad se temiere contradiccion á la súplica, se funda esta, y se concluye así.*) Por lo que suplico de la referida sentencia, y para evidenciar los agravios que en aquella me han sido irrogados;

A V. E. suplico se sirva admitirla y mandar que para su mejora se me entreguen los autos en la forma ordinaria de derecho y justicia, que pido, &c. *Auto.*=Traslado.

‖ En estos términos hallamos concebidos muchos pedimentos de súplica; pero nos parece mas natural y arreglado que en lugar de pedir la entrega de autos para mejorar la súplica, se pida que, admitida esta, se pasen aquellos à la sala que corresponda; pues ante esta es donde propiamente se ha de mejorar la súplica en el escrito de agravios.

Al tratar de esta materia habemos advertido, con referencia á la página 97 del tomo 5, hallarse hoy restablecida la antigua práctica de haberse de decidir sobre la admision ó denegacion de la súplica en la misma sala de cuya sentencia se interpone. ‖

Respuesta contradiciendo la súplica.

5494 Escmo. Sr.:—G., en nombre de D., en los autos con N. sobre tal cosa, en uso del traslado que se me ha conferido por auto de tantos del escrito en que pretende la contraria se le admita la súplica que interpone de la sentencia de vista pronunciada por V. E. en tantos, digo: Que si bien, &c. (*Se alegan los fundamentos de la oposicion, y se concluye.*) Por lo que

A V. E. suplico se sirva declarar inadmisible la súplica interpuesta por D., pues asi es conforme à justicia, que pido con las costas, juro, &c.

‖ Admitida la súplica y pasados los autos á la sala siguiente en órden, el que la interpuso pide se le entreguen, y presenta *escrito mejorando la súplica admitida.* ‖

5495 Escmo. Sr.:—F., en nombre de N., en los autos con D.

sobre tal cosa, ante V. E. mejorando la súplica que tengo interpuesta, é interponiéndola de nuevo en caso necesario, de la sentencia pronunciada en grado de vista á tantos de tal mes, por la que V. E. se sirvió confirmar el auto definitivo dictado por el juez de primera instancia de... D. M., en el que declaró, &c. &c., digo: Que V. E. administrando justicia se ha de servir suplir y enmendar dicha sentencia y declarar tal y tal cosa, pues asi es de hacer visto el resultado de los autos, y por las reflecsiones que paso á esponer. (*Se alega, y concluye.*) Por tanto

A V. E. suplico se sirva proveer y determinar como al principio de este escrito dejo solicitado, por ser asi conforme á derecho y justicia, que pido con costas, jurando lo necesario, &c.

|| Se da traslado de este escrito y se responde como al de mejora de apelacion, pudiendo tambien usarse en él del remedio ò beneficio de adherirse á la súplica. ||

TITULO LXXXV.

De la segunda suplicacion.

5496 Seremos sóbrios en la esposicion de este célebre recurso ó remedio, llamado tambien de la ley de Segovia, porque debe su establecimiento á la ley 1, tit 22, lib. 11, Novís. Recop., que el rey don Juan I publicó en aquella ciudad. Recurso tan frecuente antes, debe ser hoy dia muy raro: el reglamento provisional lo hacia ya imposible para los pleitos futuros, puesto que todos habian de principiar ante los jueces de primera instancia, y el título 5.º de la Constitucion de 1812, puesto en vigor por la ley de 17 de setiembre de 1837, claveteó esta imposibilidad estableciendo lo mismo, y que todas las causas civiles y criminales se fenecieran dentro del territorio de cada audiencia, que no hubiera en ellas sino tres instancias à lo mas y tres sentencias definitivas, reconociendo únicamente el recurso de nulidad, y esto para el proceso. (Arts. 261, 282 y 285.)

5497 Posteriormente, en el artículo 1.º del decreto de 4 de noviembre de 1838, se dispuso lo siguiente: «Se admitirán los recursos de segunda suplicacion é injusticia notoria que respectivamente procedieran en los negocios pendientes en las audiencias, tribunales de comercio y ordinarios antes de 13 de agosto de 1836, y se seguirán y fallarán con arreglo á las leyes que regian hasta la misma época. En los negocios que empezaron en las audiencias, y se devolvieron á los jueces de primera instancia en virtud de lo dispuesto por el reglamento provisional de justicia, no tendrá lugar la suplicacion, sino el recurso de injusticia notoria.» En el artículo 2.º se señala el término de veinte dias á contar desde la publicacion del decreto en la Gaceta para interponer los dichos recursos que no estuvieren ya interpuestos.

5498 Se ve pues cuán raros deben ser hoy los casos en que tenga lugar este recurso, y que queda enteramente para los negocios posteriores á la mencionada época de 13 de agosto de 1836: esto justificará nuestra brevedad y parsimonia.

5499 Las sentencias de revista en las causas que están asistidas de las circunstancias que requieren las leyes para la segunda suplicacion, no acaban el juicio ni causan ejecutoria; pues està pendiente su confirmacion ò revocacion del Consejo (hoy del Tribunal supremo), que ha de ecsaminar su justicia y declararla por su sentencia; y procede en los casos de segunda suplicacion todo lo dispuesto para las apelaciones por la ley 2, tit. 18, lib. 4, (3, tit. 20, lib. 11, Novís. Recop.), porque tienen un mismo efecto, sin otra variacion que la accidental del nom-

bre por el mayor respeto que se debe à las audiencias. (Señor conde de la Cañada, cap. 4, part. 3, núm. 65.)

5500 Este recurso no tenia lugar sino en los pleitos comenzados en el Consejo, Chancillerías y Audiencias por nueva demanda, no por via de restitucion, nulidad, reclamacion ni en otra manera alguna, y de las sentencias de revista. (Leyes 1 y 4, tit. 22, lib. 11, Novís. Recop.) Segun algunos autores la razon de haberse limitado este recurso à los pleitos comenzados en los referidos tribunales superiores es el acsioma de derecho, *non licet tertio provocare*, porque todo pleito debe fenecerse con tres instancias y sentencias definitivas: esta razon nos parece mejor que la dada por el mencionado autor en el núm. 28.

5501 Debe ademas ser la causa ó pleito de gran cualidad y valor, á saber: del de tres mil doblas para las causas de propiedad, y de seis mil (el de la propiedad de la cosa) para las de posesion en los casos que haya lugar este recurso; porque no lo tenia en las causas sobre la posesion de bienes de mayorazgo, aunque las sentencias de vista y revista no fuesen conformes, ni en las de otros bienes cuando lo son. (Leyes 5, 6 y 16.)

5502 Siendo conformes las sentencias sobre posesion, aunque de ellas no se admite recurso de ninguna especie, no pueden ser ejecutadas sin darse antes fianzas para el caso en que la parte ahora vencedora sea despues vencida en el juicio de propiedad. (Dicha ley 6.)

5503 En los juicios sobre propiedad, si las sentencias de vista y revista fueren conformes de toda conformidad, se ejecutarán sin embargo de la segunda suplicacion, prévia fianza; y tambien en la parte en que lo fueren, aun cuando la conformidad no sea absoluta (lib. 18.)

|| El señor conde de la Cañada, part. 2, cap. 11, hace ver los inconvenientes de esta disposicion y de la del número anterior con razones que no admiten réplica. ||

5504 No há lugar este recurso en las causas criminales, ni en los pleitos y negocios de Hacienda, ni en las sentencias interlocutorias, aunque tengan fuerza de definitivas. (Leyes 17 y 18.)

5505 El recurso ha de interponerse en la misma sala que falló en revista, dentro de veinte dias desde la notificacion de la sentencia, bastando que esta se haya hecho al procurador; y dándose por el suplicante dentro de dicho término fiadores de que pagará mil y quinientas doblas en el caso de confirmarse la sentencia. (Leyes 1 y 3.)

|| Las mil quinientas doblas equivalen hoy prócsimamente á veinte y un mil trescientos noventa y ocho reales y medio, que se distribuyen por terceras partes entre el que obtuvo la sentencia de revista, los ministros que la dieron y la càmara; si el suplicante se apartase del recurso dentro de tres meses, no incurre en dicha pena (leyes 1 y 2): sobre el caso en que la sentencia se modificare, y la fianza de los fiscales cuando suplican, véanse las leyes 9 y 12. ||

5506 El recurso se interponia para ante S. M., y el suplicante debia presentarse dentro de cuarenta dias desde aquel en que suplicò; para el que se interpusiese de las audiencias de Canarias y Mallorca el término de la presentacion era de noventa dias. (Ley 3.)

|| Sin embargo, no se contaban en la práctica sino desde que fue entregado á la parte testimonio íntegro y espresivo de la sentencia de re-

vista, de la súplica interpuesta y de su admision, habiendo dado la parte la fianza de las mil y quinientas doblas. (Señor conde de la Cañada, part. 3, cap. 4, núm. 43.) || Hoy no es necesaria la licencia y notificacion á S. M. en estos recursos para interponerlos eficazmente (decreto de las Córtes de 28 de noviembre de 1836.) ||

5507 El auto de la audiencia denegatorio de este recurso es apelable para el Consejo antes, y ahora lo seria para el supremo de Justicia, porque de otro modo vendria á ponerse en arbitrio de las audiencias impedir el remedio de la segunda suplicacion. (Autor citado, números 58 y siguientes.)

|| Por igual razon es apelable el auto denegatorio del recurso de nulidad (art. 11 del Real decreto de 4 de noviembre de 1838.) ||

5508 En esta clase de recursos tiene tambien lugar el remedio ó beneficio de la adhesion en los mismos términos que se han espuesto acerca de la apelacion y primera súplica. (Escolano, Práctica del Consejo Real, tom. 2, pág. 96, nota 2.)

5509 Los recursos de segunda suplicacion han de ser determinados por los mismos autos del proceso, sin recibirse escrito ni peticion, ni darse lugar á otras nuevas alegaciones ni probanzas, ni escrituras, ni dilaciones, ni pedimentos por via de restitucion, ni en otra manera alguna. (Ley 7.)

|| Puede verse sobre este punto à Escolano, lugar citado, páginas 97 y siguientes; y al señor conde de la Cañada, en la parte 3, cap. 4, números 38 al 42, donde esplican la pràctica y modo con que unas veces se admitian los nuevos instrumentos en el mismo Consejo, y otras se remitian á las chancillerías y audiencias que habian admitido el recurso. Conviene asimismo ver la nota 6 à la ley 17, tit. 21, lib. 11, Novís. Recop. ||

5510 La sentencia definitiva y artículos con fuerza de ella no podian ser vistos por menos de nueve ministros (ley 21, tit. 7, lib. 4, Novís. Recop.); pero si despues de visto el pleito por solo el número de nueve, y antes de votarse, moria, se impedia y ausentaba de estos reinos alguno ò algunos de ellos, podian votarlo los que quedaban, no siendo menos de cinco, sin que fuese necesario el consentimiento de las partes ni darles traslado como se hacia antiguamente (Real resolucion en 6 de setiembre de 1747 á consulta del Consejo de 12 de agosto del mismo año.) || En la regla 2, art. 97 del reglamento provisional, se fija el mismo número de nueve ministros para ver y *determinar* grado de segunda suplicacion. (Nótese bien la palabra *determinar*, que es lo mismo que *fallar* y *votar*.) ||

5511 De la sentencia que recaiga no habia recurso ni suplicacion alguna, por lo cual no se notificaba á las partes, y si se confirmaba la de la revista de la audiencia, se devolvian à ella los autos para que hiciese despachar la ejecutoria; mas si se revocaba, quedaban los autos en el Consejo, y éste la espedia. (Auto acordado de 24 de marzo de 1773; señor conde de la Cañada, part. 2, cap. 12, núms. 24 y 25, donde habla de la pretension introducida por los escribanos de cámara del Consejo para que se reformase el auto citado, y del otro punto que quedó pendiente y sobre el que se mandó por el mismo auto que espusieran los fiscales; á saber, si revocadas por el Consejo las sentencias de re-

vista, y dada por el mismo la ejecutoria, se habian de volver ó no los procesos á las chancillerías y audiencias de donde habian venido.)

5512 Del establecimiento y trámites del recurso de segunda suplicacion en el antiguo Consejo de la Guerra, véase la ley 22, tit. 22, lib. 11, Novís. Recop.

|| No ponemos el antiguo formulario de este recurso, ya porque apenas ocurrirá un solo caso en que se haga uso de él, y ya porque el citado decreto de las Córtes de 28 de noviembre de 1836 introdujo una gran novedad, declarando que no fuese necesaria la licencia y notificacion à S. M.; por manera que si (lo que no es de esperar) ocurriera hoy algun caso, habria de interponerse para ante el supremo Tribunal de Justicia. ||

TITULO LXXXVI.

Del recurso de injusticia notoria.

5513 Este recurso estraordinario solo puede tener hoy lugar para los negocios comunes en los pleitos pendientes antes de 13 de agosto de 1836, segun el artículo 1.º del Real decreto de 4 de noviembre de 1838; mas para los mercantiles debe tenerlo en todos, con arreglo al Código de comercio, mientras no se manda otra cosa. (Artículo 24 del decreto.)

5514 Se vé pues cuán raro debe ser ya su uso en los negocios de la primera especie, y que por lo mismo, contraido el recurso á ellos, no merece la estension ni tiene la importancia que hasta ahora se le ha dado: diremos sin embargo alguna cosa, aunque no fuera mas que por la posibilidad de un solo caso, y ya porque conservándose con el mismo nombre en los negocios mercantiles, resalten mas de lleno las grandes mejoras hechas en este punto por el Código de comercio y las de enjuiciamiento sobre dichos negocios.

SECCION I.

Del recurso de injusticia notoria en los negocios comunes.

5515 Hasta el año de 1700 no se descubre ley que haya dado forma y reglas particulares à este recurso; diéronse en dicho año por la ley 1, tít. 23, lib. 11, Nov. Recop., y se mejoraron y ampliaron por la ley 2 en 1703.

5516 El señor conde de la Cañada (cap. 5, part. 3.) con vista de la consulta del Consejo que precedió à la ley 1, dice « percibirse con evidencia que este recurso no tomó principio en la disposicion de dicha ley ó auto acordado, pues ya venia de antiguo; que era general y se usaba de él en todos los pleitos que se determinaban por sentencia de revista en las chancillerías y audiencias; que no se admitia con la calidad y presupuesto de probar la injusticia notoria de las sentencias, ni imponer multas ni otras condenaciones á los que faltasen á este requisito. Y como la intencion del Consejo no fue hacer novedad en el mérito y justicia del recurso, como se manifiesta en su propia consulta, quedó en cuanto à este fin del mismo modo que se usaba antes.»

5517 Sigue esforzando latamente que bastaba la simple injusticia, sin necesidad de ser notoria, para autorizar este recurso, y que las palabras «injusticia notoria» no se hallan usadas en las dos citadas le-

yes ó autos, y sí, por primera vez, en el de 1.º de enero de 1749 (hoy ley 2, tit. 22, lib. 11, Nov. Recop.)

5518 Conviene sin embargo en el núm. 28, y lo funda en los siguientes, que la injusticia debe ser notoria, que bajo este concepto se introduce el recurso, y bajo el mismo lo admitia el Consejo: «este es un supuesto en que convienen las partes con mas facilidad, y lo mismo hacen los jueces. La mayor y casi insuperable dificultad, á causa de no poder sujetarse á reglas positivas y ciertas en todos los casos que ocurren, ni aun en el mayor número de ellos, consiste en el concepto y graduacion de *la que se llama injusticia notoria*, y en los medios por donde deben caminar los jueces para acrisolarla y asegurarse de ella con un juicio constante sin ninguna duda racional y probable.»

«A mí me parecia que los jueces no deben pararse en las primeras nociones que presentan los autos en su inspeccion, sino que deben internarse en su ecsámen y conocimiento, combinando los hechos hasta ponerlos en estado de su positiva y clara ecsistencia; pues una vez asegurados los jueces de esta fuente y manantial del derecho, conocerán las mas veces con toda claridad el que sea aplicable á la decision del pleito, viniendo á convencerse de si la sentencia de revista fué ó no justa.»

«Las leyes encargan generalmente á todos los jueces, sin diferencia de instancias y juicios, que ecsaminen y se aseguren de la verdad y la justicia por los hechos del proceso. En este ecsámen se incluye la prueba del proceso, ya sea de instrumentos ó testigos, ó por confesion de los que litigan, cuando aquella no está clara; y en esto entran todas las disposiciones que tratan de la manera de prueba que es plena y concluyente, y de las que se duden ò ponen en duda por diferentes medios; y seria un tratado muy difuso si se descendiese à referir y probar los medios y modos por donde se justifican los hechos, cuyo discernimiento debe confiarse al justificado arbitrio de los jueces, especialmente al de los que han de determinar los recursos de injusticia notoria; pues aunque esta pueda serlo de tal modo que por las primeras del proceso se perciba con toda evidencia, como sucede en los casos de faltar poder suficiente, de no ser citada ni emplazadà la parte, y en otros que mas largamente refieren los autores; rara vez ocurre que se justifique y funde el recurso en las causas indicadas, y los mas se refieren á los hechos probados, y hacen necesario su ecsámen para proceder á la aplicacion del derecho, ya sea espreso, ó ya se deduzca de su espíritu la decision, ausiliada de la inteligencia que le han dado por comun consentimiento los autores y la observancia de los tribunales.»

«Yo he defendido y juzgado bastantes pleitos que han venido al Consejo por recurso de injusticia notoria, y en ninguno he hallado que la sentencia de las chancillerías y audiencias contenga una determinacion clara y positiva contra las leyes y derechos espresos, ni que caduque por falta de poder, citacion ni subversion del órden publico que influye en la natural defensa de las partes, y en todos ha sido necesario internar el conocimiento en los hechos probados y descender á lo que determinan las leyes, y cuando no las hay adoptables, recurrir à las razones que han admitido con uniformidad los autores.»

«Si hubiese alguna duda acerca de si están probados los hechos, ó

sobre lo dispuesto por las leyes para la decision, siendo razonable y de algun modo fundada, no se justifica la causa del recurso, porque vence entonces la presuncion y autoridad de la sentencia de revista, y se confirma por los señores del Consejo; y la sentencia que entonces se dá en él, pone un sello perpétuo á las disputas y à los recursos del pleito, como se espresa al fin del citado *auto acordado* 7." (Ley 2, tit. 23, lib. 11, Nov. Recop.)

«Si la sentencia de revista contiene diversos capítulos, podrá justificarse en unos y no en otros, y será la sentencia del Consejo correspondiente en la confirmacion y revocacion de los artículos respectivos, y entra entonces la duda acerca del depósito de los 500 ducados (del que luego se hablará.) Para caso igual se dispuso lo conveniente en la segunda suplicacion por la ley 3, tit. 20, lib. 4 (hoy ley 10, tit. 22, lib. 11, Nov. Recop.), declarando que si la sentencia de revista se revocase en parte sustancial, cuyo importe y valor pudiera dar lugar á la segunda suplicacion, quedará escusada la parte de pagar las mil y quinientas doblas.»

«Si para los recursos de injusticia notoria estuviera determinada la cantidad ò valor del pleito en que pudieran tener lugar, se deberia guardar la misma proporcion alzando el depósito ó la fianza de los quinientos ducados, cuando ascendiese la sentencia, en la parte que se revocase, á la cantidad suficiente para introducir el recurso; pero como falta este supuesto, es preciso que se regule por el justificado arbitrio de los señores ministros del Consejo:» (pone á continuacion un caso en que asi se hizo.)

«Por tanto convendria, para no dejar dudas en la legislacion de estos recursos, que se acordase y señalase el valor de la causa para que se admitiese el recurso, como se declaró para la segunda suplicacion, y se aumentó con proporcion al tiempo y á la calidad de la causa, tanto en posesion como en propiedad. Asi se evitaria por medio de esta providencia el daño público y particular que producen estos recursos, que no son compatibles con la equidad en que se fundan, sino corresponde la entidad y gravedad de la causa; pues en cosas de poca monta es mas ventajoso á la causa pública y á las mismas partes sufrir el daño que les puede causar la sentencia de revista, que esponerse á otros incomparablemente mayores que necesariamente resultarian, aun en el caso de su vencimiento que es tan contingente y raro.»

«Igual beneficio se lograria si se estableciesen términos precisos para introducir el recurso en el Consejo; pues estando las leyes tan diligentes en señalar los de las apelaciones, suplicaciones ordinarias y los de las segundas suplicaciones, parece necesario que se haga lo mismo en los recursos de injusticia. De otro modo queda este punto espuesto á dudas, y pueden las partes tomar ocasion para disputar si viene ó no en tiempo al Consejo.»

5519 Se vé pues de cuánta perplejidad é incertidumbre adolecia este recurso, á pesar de su frecuente uso en los dos graves puntos de cantidad y tiempo; pero era aun mas chocante la incertidumbre y variedad sobre lo que debia ó no calificarse de injusticia notoria. Como al presente deben ser raros los casos de este recurso, que ha de desaparecer enteramente y muy luego en los negocios comunes, nos

habemos contentado con transcribir las juiciosas observaciones del señor conde de la Cañada: el señor Elizondo (pract. univ. for., tomo 6, part. 1, cap. 10, núms. 1 al 8) en su lenguage pesado y obscuro, y el señor Viegas (discurso sobre el foro, pág. 133 y siguientes) en el suyo picante y correcto, tratan este mismo punto.

El señor Elizondo viene á equiparar este recurso al de la nulidad, y en el lugar citado, núms. 25 al 30, cita cédulas en que promiscuamente se le llama de nulidad ó injusticia notoria, siendo una de ellas la ley 15, tit. 2, lib. 9, Novísima Recopilacion: luego veremos que el recurso, tal como ha sido adoptado por el Código de Comercio, lo es verdaderamente de nulidad, y no se diferencia en su fondo del introducido con este último nombre por el Real decreto de 4 de noviembre de 1838.

5520 Este recurso no tenia lugar en los pleitos en que por su naturaleza lo tenia la segunda suplicacion.

Ni en los juicios posesorios de cualquiera calidad y entidad que fuesen.

Ni de los autos interlocutorios, á no ser que contuvieran gravámen irreparable en definitiva. (Leyes 1 y 2, tit. 23, lib. 11, Novísima Recopilacion.)

Ni en las causas criminales. (Ley 3.)

A su introduccion habia de preceder el depósito de quinientos ducados de vellon, ó fianza, lega, llana y abonada hasta en dicha cantidad, que recibia por su cuenta y riesgo el escribano ante quien se otorgaba: en el caso de no justificarse el recurso, se hacia la condenacion de aquella cantidad, y se aplicaba por terceras partes en los mismos términos que en el caso de segunda suplicacion.

Los que justificaban en el consejo haber litigado como pobres, quedaban libres del depósito ó fianza, y cumplian con hacer la caucion juratoria en la forma ordinaria en la chancillería ó audiencia donde litigaban.

Los abogados que firmasen las peticiones de estos recursos en inteligencia de que la relacion de ellas era verídica y de que venian asistidos de las circunstancias y causas que podian hacerlos justificados, y los que entrasen à defenderlos, debian ser multados en la cantidad que pareciese justa á los jueces, si por los autos de ellos se hallase lo contrario. (Ley 2 citada.)

Estos recursos veian y determinaban por los mismos autos del proceso sin nuevas alegaciones, probanzas, escritura ni otro remedio alguno; y de lo determinado no habia suplicacion ni revista (la misma ley 2.)

5521 El reformador de Febrero copia la práctica de Escolano para la introduccion de estos recursos, que hoy dia ha variado algun tanto, porque el recurso se ha de interponer ante el supremo de Justicia, y el depòsito se ha de hacer en el banco nacional de san Fernando. La parte acude con poder especial que presentará con un pedimento, ofreciendo el depósito, y solicitando se comunique òrden al banco y que se le provea de certificacion correspondiente; y así se manda. El aviso ú oficio se entrega al mismo interesado, y con la certificacion que recoge en el banco de haberse hecho el de-

pósito de los quinientos ducados introduce el recurso por medio de pedimento, al cual se provee que informe la audiencia con copia de autos y se emplace á los interesados.

5522 Puede tambien introducirse el recurso presentando fianza de los quinientos ducados, en cuyo caso habrá de preceder pedimento solicitando que se mande recibir; y ya queda dicho que será por cuenta y riesgo del escribano.

5523 Venida la compulsa de autos y el informe, piden las partes se les entregue á fin de que se impongan sus abogados para el dia de la vista; y se les mandan entregar solo para este fin, porque en esta clase de recursos estraordinarios, segun lo arriba espuesto, no se puede alegar ni presentar documentos, sino que han de verse y determinarse como vienen.

5524 Tomados los autos por los procuradores y devueltos, puestas las notas del dia en que los tomaron y devolvieron, se pone decreto para que pasen al relator, y luego que este tiene hecho el memorial ajustado, piden las partes y se señala dia para su vista; en el cual pueden solicitar licencia para escribir en derecho, cuya solicitud se hace presente antes de empezarse la relacion del pleito: y cuando este por sus circunstancias lo requiere, se concede dicha licencia poniendo el relator el auto en esta forma: «Visto, y se concede licencia para que las partes escriban en derecho con arreglo al auto acordado y por el término de dos meses, el cual pasado, presentados ó no los papeles, dése cuenta para señalar dia para el voto. Madrid &c.»

5525 Este auto se hace saber incontinente á los procuradores de las partes para que corra el término; y despues de él se reparten los papeles impresos à los señores ministros que vieron el pleito, y se señala dia para el voto.

5526 La sentencia ó auto que se provee no se notifica à las partes porque de él no hay ya recurso ni suplicacion alguna, y cuando el relator la entrega en el oficio con los autos, debe el escribano de cámara pasar inmediatamente certificacion de ella al banco para la cobranza de la tercera parte, que corresponde à penas de cámara, y dar otras à los ministros de la audiencia y parte que obtuvo, à quien si quisiese ejecutoria, se la dará igualmente.

|| Hoy es el mismo escribano de cámara el que percibe el depòsito y hace la distribucion, al menos á los ministros de esta audiencia; y lo perteneciente á penas de cámara debe cobrarse por su receptor tesorero. ||

5527 De las sentencias de la sala de justicia en el antiguo Consejo de la Guerra habia lugar el recurso de injusticia notoria para ante el mismo Consejo en la sala de gobierno y en los términos que previene la ley 4, tit. 23, lib. 11, Novísima Recopilacion.

|| El uso de este recurso en los negocios comunes ha de ser hoy dia casi tan raro como el de segunda suplicacion; por lo que omitimos su rigoroso y material formulario. ||

SECCION II.

Del recurso de injusticia notoria en los negocios mercantiles.

5528 De la sentencia en grado de apelacion confirmatoria de la de primera instancia, ni de la de revista en los casos que esta procede, no se da otro recurso en las causas de comercio que el de injusticia notoria.

5529 Este recurso tendrá solamente lugar cuando se interponga de sentencia definitiva, y el interes de la causa esceda de cincuenta mil reales vellon. (Artículo 1217 del Código de Comercio.)

5530 La declaracion de injusticia notoria no tiene lugar en las causas de comercio sino por violacion manifiesta en el proceso de las formas sustanciales del juicio en la última instancia, ó por ser el fallo dado en esta contra ley espresa. (Artículo 1218.)

|| Comparando este artículo con el 41 del reglamento provisional y con los 3 y 4 del Real decreto de 4 de noviembre de 1838, se vé que el recurso de injusticia notoria, como aqui se establece, es en su fondo un verdadero recurso de nulidad, con la sola diferencia de que el Tribunal supremo no solo conoce de aquella, sino que al mismo tiempo resuelve sobre el negocio principal. ||

5531 En los casos que en los pleitos de comercio tenga lugar el recurso de injusticia notoria en conformidad del art. 1217 del còdigo, se interpondrà dentro de treinta dias despues de notificada la ejecutoria ante el tribunal que la haya pronunciado. (Art. 435 de la ley de enjuiciamiento.)

|| Esta es ya una ventaja sobre los recursos de esta especie en los negocios comunes, en los que echaba de menos el señor conde de la Cañada que no hubiese término fijo para interponerlos, como tambien que no estuviese señalada la cuantía del pleito para que pudiesen tener lugar: en los de comercio queda ya dicho que ha de esceder de cincuenta mil reales vellon. ||

5532 Para la interposicion del recurso de instancia notoria presentará el procurador poder especial de su mandante. (Dicha ley, artículo 436.)

5533 Del escrito en que se interponga el recurso se darà traslado à la parte que hubiese ganado la ejecutoria por el término de tercero dia, y con lo que esponga se declarará si hà lugar ó no al recurso. (Art. 437.)

5534 Admitiéndose el recurso, se mandarà en la misma providencia que la parte que lo hubiere interpuesto haga el depòsito de la cantidad de cinco mil quinientos reales vellon en el establecimiento público que esté señalado para los depósitos judiciales.

5535 Si al vencimiento de aquel término no se presentare en autos el documento que acredite estar constituido el referido depósito, se declarará por desierto á solicitud de la parte contraria, y no se admitirá nueva instancia sobre él. (Art. 438.)

|| Las palabras «al vencimiento de aquel término» solo pueden referirse al de treinta dias señalado en el art. 435 para la interposicion

del recurso, porque de ningun otro se habla en los arts. 436, 437, ni en el mismo 438; pero si la parte vencida tiene los treinta dias para interponer el recurso, y de este se ha de dar traslado á la contraria; si el depósito se ha de mandar hacer en la misma providencia por la que se admita el recurso, y aun para hacerlo ha de mediar algun tiempo ó dilacion, ¿cómo se ha de presentar dentro del término de treinta dias el documento que acredite haberse hecho? La parte, segun el art. 435, puede interponer el recurso hasta en el último de los treinta dias, y habiendo de mediar todos los trámites indicados, es imposible lo que sobre el depòsito se previene en el 438, nada menos que bajo la pena de declararse por desierto el recurso: es probable que nos equivoquemos, porque no cabe tal contrariedad y, por decirlo asi, á renglon seguido en el legislador. ||

5536 Acreditàndose el depósito, se remitirán por el primer correo los autos originales al Consejo supremo (hoy al supremo de Justicia), á quien corresponde el conocimiento del recurso con arreglo al art. 1181 del Còdigo de Comercio, emplazàndose á las partes para que comparezcan á usar de su derecho en el término de treinta dias. (Artículo 439.)

|| Parece que debia hacerse alguna diferencia en el término segun las distancias, ó al menos fijar uno mácsimo, dejando al prudente arbitrio de las audiencias el acortarlo: ¿habràn de ser los mismos treinta dias precisos para la audiencia de Madrid y la de Mallorca? ||

5537 Luego que las partes se presenten en el Consejo, se les entregarán los autos por su órden con término de diez dias precisos à cada una de ellas, para el solo efecto de que los defensores tomen la instruccion necesaria para informar al tiempo de la vista. (Artículo 440.)

|| Aunque parece bastante este tiempo, no puede negarse que es aventurado fijar uno preciso é invariable para todos los procesos, sea cualquiera su volúmen. ||

5538 No se admitirán en el Consejo documentos, alegatos ni pretensiones de especie alguna que intenten las partes. (Art. 442.)

5539 Devueltos los autos por el procurador que los haya tomado en el último lugar, se señalará dia para la vista, haciéndose saber á todas las partes litigantes. (Art. 442.)

5540 La decision del recurso de injusticia notoria en las causas de comercio se arreglará por el art. 1218 del Código. (Art. 443.)

|| El citado aqui del código es el segundo de esta seccion. ||

5541 El depósito de los cinco mil quinientos reales, en caso de desestimarse el recurso, tendrá la aplicacion prevenida en las leyes comunes. (Art. 444.)

|| Es decir; que se aplicarà por terceras partes iguales, una á penas de càmara, otra á los magistrados de cuya sentencia se interpuso el recurso, y otra al que la obtuvo. ||

5542 La interposicion del recurso de injusticia notoria no impedirá que se lleve á efecto la ejecutoria del tribunal de apelacion, bajo fianza idónea, à juicio del mismo tribunal, que asegure las resultas del recurso. (Art. 445.)

|| Al tratar de la segunda suplicacion habemos llamado la atencion

de nuestros lectores sobre las juiciosas y convincentes observaciones del señor conde de la Cañada, part. 2, cap. 11, donde hace ver los perjuicios que se originan de ejecutarse las sentencias conformes de vista y revista en materia de propiedad, á pesar de aquel recurso estraordinario: nosotros las creemos aplicables á la disposicion de este artículo 445, y en un caso ruidoso habemos presenciado los inconvenientes. Téngase ademas presente que en dicho artículo se ordena la ejecucion indistintamente para todos los casos, aun cuando la sentencia de revista no guarde conformidad con la de vista.

Notamos tambien un vacío en la ley de enjuiciamiento sobre este particular, pues no previene lo que deba hacerse en el caso posible de que la audiencia deniegue ó no admita el recurso.

El auto denegatorio de la segunda suplicacion era apelable para ante el Consejo, segun habemos dicho en su lugar, y que tambien lo es para ante el supremo de Justicia el denegatorio del nuevo recurso de nulidad, que en su fondo es una misma cosa con el de injusticia notoria establecido para los pleitos de comercio.

La denegacion de este recurso en los negocios comunes ni estaba prevenida, ni debia prevenirse, porque no se interponia el recurso en la misma audiencia, sino que se acudia directamente al Consejo; pero en los negocios de comercio ha de interponerse ante el tribunal que pronunció la ejecutoria; y de aqui viene el vacío que notamos.

Tampoco se previene que deba hacerse en el caso de que haya litigado por pobre la parte que interpone el recurso, y no pueda por lo tanto cumplir ó acreditar el depósito.

Segun la disposicion segunda del art. 97 del reglamento provisional son necesarios nueve jueces, á lo menos, para ver y determinar los recursos de injusticia notoria. ||

TITULO LXXXVII.

Del recurso de nulidad ante el supremo Tribunal de Justicia.

5543 Habiendo hablado de los recursos estraordinarios de segunda suplicacion é injusticia notoria, cuyo uso debe ya ser tan raro y temporal, y circunscrito á los estrechos límites del Real decreto de 4 de noviembre de 1838, correspondia, siguiendo el órden gradual de los juicios, tratar aqui del recurso de nulidad, único que se reconoce en el título 5 de la Constitucion de 1812, y único que bajo la actual forma ú otra subsistirá probablemente, si prevalecen los buenos principios de organizacion judicial y de administracion de justicia.

5544 Pero el órden de materias nos ha precisado à insertar anticipadamente en la pág. 140 y siguientes el mencionado Real decreto, y nuestras observaciones sobre el mismo en las pàginas 162 à la 165: remitimos pues á ellas á nuestros lectores para evitar repeticiones innecesarias. El epígrafe del decreto dice, impropiamente á nuestro entender, «sobre recursos de segunda suplicacion é injusticia notoria»; nosotros en la pàgina 162 añadimos «y nulidad»; porque realmente los recursos de esta última especie ocupan el fondo y parte principal del decreto, al paso que los otros son su parte subalterna y transitoria.

TITULO LXXXVIII.

De la ejecucion de las sentencias.

SECCION UNICA.

A quién toca la ejecucion; pena del que la estorba; tiempo para cumplir la sentencia; acciones que nacen de ella.

5545 La ejecucion de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó confirmada por tribunal superior toca al juez inferior que la pronunció, si es ordinario. (Ley 27, tit. 23, Part. 3: la 1, tit. 27, lo concede tanto al juez inferior, como al superior. Ley 4, tit. 29, lib. 11 Novís. Recop.)

5551 Si el juez que dió la sentencia es delegado del Papa, puede ejecutarla por sí ò por otro (caps. 9, 26 y 28, §. 2 de *Offic. delegat.*); y lo mismo ha de decirse si lo es de obispo ó de otro personage inferior, aunque hay variedad de opiniones sobre esto (Raff. lib. 1, tit. 29 de *Offic. et prostest. judit. deleg.*, §. 2, núms. 45 y siguientes, y §. 5, número 110): pues por el hecho de cometerse el conocimiento de una causa al delegado se entiende serle cometidas todas las cosas que la pertenecen, sin las cuales no puede quedar espedida y concluida, y asi se ha de atender á las facultades de su comision. (Cap. 5 y 39 de *Offic. delegat.*)

|| Este número de Febrero debia en rigor suprimirse, ya porque se trata de jueces y juicios seculares, ya porque en ellos hoy dia se conocen los jueces delegados.

El señor conde de la Cañada trata latísimamente este punto en el cap. 12, part. 2, desde el núm. 30 en adelante: ecsamina é impugna las opiniones de ciertos autores que aun en el caso propuesto de ser confirmada la sentencia del inferior, creen que puede pedirse su ejecucion ante el superior; y en el núm. 29 dice que «solamente trata de la ejecucion de la cosa juzgada que se causa por la confirmacion de las sentencias anteriores, no del caso en que sean revocadas»: nosotros advertimos que hoy, sea que se revoque ó confirme la sentencia del juez de primera instancia, siempre corre por él la ejecucion, á cuyo efecto se le devuelven los autos con certificacion de las sentencias, y nunca por los tribunales superiores. ||

5552 Si alguno tuviese la osadía de impedir la ejecucion de la sentencia con armas ó de otro modo violento, á mas de otras penas establecidas por derecho, incurre en la de perdimiento de la mitad de los bienes aplicada á la Real cámara (Ley 2, tit. 17, lib. 11 de la Novísima Recopilacion.)

|| Téngase presente que hoy está abolida la confiscacion. ||

5553 La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada debe ejecutarse luego; es decir, dentro de diez dias, si fuere dada sobre pago de dineros; y de tres, si fuere sobre raiz ó mueble: estos son los plazos que debe señalar el juez al vencido para la respectiva entrega. (Ley 2, tit. 17, lib. 11, Novís. Recop.)

5554 Los plazos de diez dias para pagar la deuda de dineros, y los tres para entregar los bienes à que es condenado el reo, proceden por la regla comun de considerarse siempre necesarios para que pueda cómodamente cumplir los juicios; pero no impiden al juzgador que le pueda prorogar los enunciados términos, concediéndole los que estime suficientes, consideradas tódas las circunstancias de causas y personas. Porque si fuere crecida la cantidad de dineros que debe pagar el deudor, y pareciese al juez que no podrá proporcionarla en el término de los diez dias sin esperimentar grave daño, es justo y conveniente que le prorogue aquel término, haciendo lo mismo cuando no tiene à mano los bienes que ha de entregar, y necesita mas tiempo que el de tres dias para ejecutar la entrega al dueño de ellos: esto es lo que disponen las leyes 7, tit. 3, y 5, tit. 27, Part. 3. (Señor conde de la Cañada, part. 2, cap. 13.)

5555 Añade en seguida el mismo autor, que «cuando los jueces conceden mayor plazo que el señalado por la ley, deben asegurar el interés del acreedor ó del dueño de los bienes con buenos fiadores, segun dispone la citada ley 5, tit. 27, Part. 3; pero que á pesar de esto suelen hallar los jueces otras precauciones de igual efecto, menos gravosas á los deudores y à los que han de restituir los intereses, atendidas la calidad de las personas y la entidad de la deuda y de las cosas que deben restituirse; pues formando el juez probable dictàmen de que cumplirà el reo sus obligaciones al plazo que se le concede y proroga, ya porque tenga cuantiosos bienes y rentas, y solo halle la dificultad de habilitar dineros ó entregar los bienes que manifiesta tener en distintos lugares, ò ya porque subsistiendo alguna parte de ellos embargada, queda por este medio asegurado el cumplimiento del juicio, no le grava entonces con la fianza:» y concluye diciendo, «que para prorogar los plazos de diez y tres dias señalados en las leyes citadas, se ha de instruir el juez de las causas que se proponen, oyendo sobre ellas brevemente á los interesados, y tomando en su vista la oportuna providencia de prorogar los plazos ó declarar no haber lugar á ellos.»

5556 De la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada nace una accion que toma el mismo nombre y es una misma en su especie con la que se propuso en el juicio; pero sòn diversas en el número, y se conservan mútuamente en su clase y en sus efectos, sin que la última estinga la primera por el cuasi contrato que induce la contestacion del pleito, y porque no ha sido la intencion del actor mudar la primera accion, sino mejorarla con la segunda que nazca de la cosa juzgada. La union de estas dos y de cualesquiera otras acciones para demandar y pedir una misma cosa, y la concurrencia de diversos títulos para adquirir su dominio y defenderlo, no tienen incompatibilidad, pues que deja al arbitrio del que las goza el poder usar de la que le pareciere mas útil.

5557 De consiguiente, la accion de cosa juzgada seguirá para su

prescripcion los mismos términos ó tiempo que eran necesarios para la de la accion propuesta en juicio; es decir, que si esta era personal, se prescribirà aquella por veinte años; y siendo puramente real, ò si en la accion habia hipoteca, ó era mista de real y personal, se prescribirá por treinta con arreglo á la ley 5, tit. 8, lib. 11 Novísima Recopilacion: estos términos deben contarse desde que pasó el plazo de los tres ò diez dias, y el que hubiese prorogado el juez, concurriendo el silencio ó inaccion de la parte.

5558 Pero de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada nace ademas accion ejecutiva, y los autores disputan sobre si esta accion ó derecho de ejecutar la sentencia prescribe con el silencio de diez años continuos, ó si se mantiene con la misma calidad de ejecutiva por el tiempo de los veinte ó de los treinta años, suficientes á estinguir enteramente las referidas acciones: unos admiten la primera opinion, y otros prueban y defienden la segunda, como puede verse en los que refiere Carleval (*de Judiciis*, tit. 3, disput. 4, núms. 6 y siguientes.)

5559 Ecsaminados los fundamentos de una y otra opinion parecen mas sólidos de la segunda, y que se debe seguir en la pràctica de los tribunales; pues usando de las ejecutorias en los tiempos que duran las respectivas acciones que contienen, corresponde que se hagan cumplir por la via ejecutiva, sin que puedan admitirse otras escepciones que las señaladas por las leyes que tratan de las entregas y ejecuciones.

|| Esta es la doctrina del señor conde de la Cañada en el cap. 13, part. 3, núm. 34; Antonio Gomez la sigue igualmente en sus comentarios á la ley 63 de Toro: ¡autoridades respetables!! Pero no es tan fácil conciliarla con la clara y terminante disposicion de la misma ley: «el derecho de ejecutar dura à lo mas diez años y, pasados, prescribe.» Febrero, en el tom. 2, capit. *de las prendas é hipotecas*, sostiene la opinion contraria. ||

FORMULARIO

Del juicio civil ordinario en los negocios de mayor cuantía,

Demanda de reivindicacion.

5563 F., en nombre y en virtud de poder que en debida forma presento de F., vecino de tal parte, ante V. como mejor proceda, y sin perjuicio de otra accion ó recurso que á mi parte corresponda de que pretesto usar en caso necesario, digo: Que segun resulta del testimonio que igualmente presento de las particiones ejecutadas el año de tantos, de los bienes que quedaron por muerte de D. F., se adjudicaron à mi defendido unas casas situadas en esta ciudad en tal calle, señaladas con el número tantos y con tales linderos. Sin razon ó título alguno se halla detentando estas fincas D. N., y para que mi defendido no fuese molestado por mas tiempo en el goce de su derecho, le cité à juicio de conciliacion, sin que en este acto resultase avenencia, como aparece de la certificacion que tambien presento; y siendo justo que mi parte recobre las mencionadas fincas,

Suplico á V. que habiendo por presentados la copia de poder y testimonio referidos, y certificacion del juicio de conciliacion celebrado, se sirva declarar que las espresadas casas tocan y pertenecen á D. F., mi poderdante, y en su consecuencia condenar à D. N. á que se les restituya con los frutos y rentas que han producido y debido producir desde que aquel se halla detentándolas, sobre lo cual formalizo la correspondiente demanda con protesta de ampliarla, corregirla ò enmendarla, segun convenga al derecho de mi defendido, pues asi es justicia que con costas pido, juro y protesto lo necesario, etc.

Otrosí: Digo que D. N. se halla domiciliado en tal parte. Por tanto corresponde y

Suplico á V. se sirva mandar que se despache el conducente ecshorto con insertos oportunos á los señores jueces de tal parte, para que hagan citar y emplazar á D. N., haciéndole saber esta demanda en su persona, y no pudiendo ser habido, dejàndole en su casa la correspondiente cédula, para que le pare el perjuicio que haya lugar con arreglo á derecho.

AUTO. En cuanto á lo principal hàse por presentado el escrito con los documentos que refiere y traslado á D. N.: y en cuanto al otrosí, líbrese la requisitoria que en él se pretende. Lo mandó el señor D. J. de tal, juez de primera instancia de tal parte, á tantos de tal mes y año, &c.

NOTA. Cuando el demandado no ha comparecido en virtud de dos citaciones à celebrar el juicio de conciliacion, se hará mérito de esta

circunstancia en el cuerpo del escrito de demanda, y se acompañarà la correspondiente certificacion.

Notificacion. En la ciudad de..., á tantos de tal mes y año, yo el escribano hice saber el auto que antecede à don F., leyéndosele íntegramente y entregándole en el acto copia literal del mismo que recibió, y en su comprobacion firma conmigo, de que doy fé.

Nota. Si no quisiere firmar el notificado se dirá: «hice saber el auto que antecede &c., ante F. F., quienes por no haber querido firmar el F. (ó no haber querido presentar testigo que en su nombre lo hiciese), lo hicieron conmigo el escribano, de que doy fé.»

F. F. *F. de Tal.*

Requisitoria para notificar la demanda.

El licenciado don F., abogado de los tribunales de la nacion, juez de primera instancia de tal parte, hago saber á los señores jueces y justicias de la de tal, ante quienes se presentare este despacho requisitorio y pidiere su cumplimiento, que en mi juzgado y por el oficio del presente escribano don F., vecino de tal lugar, con presentacion de varios documentos, dió un pedimento, cuyo tenor y el del auto que proveí es el siguiente. (*Aquí se insertan el pedimento y auto, y luego prosigue.*)

Concuerdan el pedimento y auto insertos con los originales que se hallan en el oficio del infrascrito escribano con los documentos que en ellos se citan, y en conformidad de lo proveido espido el presente, por el cual de parte de S. M. cuya jurisdiccion ejerzo, ecshorto y requiero à dichos señores jueces, y por mi parte les pido y encargo que siéndoles presentado por cualquiera persona en nombre del referido don N., sin pedirle poder ni otro recado alguno, le manden aceptar y cumplir, y en su consecuencia, que cualquier escribano de S. M. haga saber á T., uno de los reconvenidos en el pedimento, el espresado auto, para que dentro de quince dias siguientes al de su notificacion, y que por tres términos y el último perentorio le prefino, compareza por sí ó por su procurador con suficiente poder ante mi y en dicho oficio, á decir y alegar lo que á su derecho convenga, pues le oiré y gurdaré justicia en lo que la tuviere, apercibiéndole que si pasare dicho término sin haber comparecido, procederé à sustanciar y determinar la causa conforme á derecho, sin citarle ni emplazarle mas, y los autos y diligencias que ocurran en su progreso, se leerán y notificaràn por su ausencia y rebeldía en los estrados de mi audiencia, y le parará el mismo perjúcio que si personalmente se lo notificaren. En caso de no hallarse en esa villa ó no poder ser habido el citado T., se dejará memoria con relacion del contenido de este despacho á su muger, hijos, criados ò vecinos mas cercanos, para que se lo participen, poniendo diligencia del dia y la persona á quien se entregó firmada por esta: y evacuado, lo devolveràn á la persona que le presente, para que se me entregue, y en su vista haga justicia; que en hacerlo asi la administrarán dichos señores jueces, y yo corresponderé recíprocamente siempre que se me presenten sus despachos. Dado en tal parte, à tantos &c.

Auto dando cumplimiento á la requisitoria.

Sin perjuicio de la real jurisdiccion, cúmplase en todo la requisitoria precedente, y en su consecuencia practique el presente escribano ú otro de este juzgado, las diligencias que previene. El señor don F. &c.

Nota. Cuando el ecshorto requisitorio se dirige á juez de primera instancia de territorio de audiencia diversa de aquella que es la del ecshortante, se remite con oficio al Ilmo. Sr. regente de la del ecshortado, para que este le mande cumplir: y si por retrasarse se hubiesen de hacer recuerdos se dirigirán tambien al regente.

Demanda por accion personal.

5564 F., á nombre de F. (*el encàbezamiento como el anterior*) digo: Que por favorecer á don N., le prestó mi constituyente en tal tiempo la cantidad de 20,000 rs. de vn. con la obligacion de reintegrarlos en tal fecha; pero sin mediar recibo ni otro documento, por la estrecha amistad y mútua confianza que entre ambos ecsistia. Vencido el plazo, y en todo el tiempo transcurrido con posterioridad han sido inútiles todas las gestiones estrajudiciales practicadas por mi defendido, para que don N. le devuelva la cantidad que tan generosamente le facilitó, asi como tambien la comparecencia à juicio de conciliacion en el que no se pudo conseguir avenencia, cuya certificacion presento en debida forma ; y por tanto

Suplico á V. que habiendo por presentado el poder y certificacion de que dejo hecha referencia , y resultando acreditada como resultará á su tiempo la certeza de la deuda , que pretendo probar por medio de testigos, se sirva condenar á don N. á que pague à mi poderdante la cantidad referida y las costas, habiendo por formalizada la presente demanda, con la protesta de ampliarla, corregirla ó enmendarla, segun convenga á mi derecho; pues asi es justicia que pido, y protesto y juro lo necesario &c.=*Auto.*=*Traslado.*

Contestacion.

5565 D., á nombre y en virtud de poder que presento de don N. en los autos à instancia de don F., sobre tal cosa, digo: Que se me ha conferido traslado de la demanda propuesta con tal objeto por don F., y sin embargo de cuanto espone, V. se ha de servir absolver libremente de ella á mi defendido, imponiendo perpétuo silencio al actor y condenándole en las costas: pues asi procede en justicia. (*Se alega.*)

Suplico à V. se sirva proveer como en el ingreso de este escrito solicité, y es justicia que con costas pido, protesto lo necesario, &c.=*Auto.*=*Traslado.*

Pedimento acusando rebeldía.

5566 F., en nombre de C., en los autos con N. &c., digo: Que con tal fecha se le hizo saber el auto de traslado de esta demanda, y se le entregó el proceso por el término ordinario de nueve dias, y no obstante que estos han transcurrido no las ha devuelto, porponiéndose sin duda molestar á mi parte; y por tanto

Suplico á V. se sirva haber por acusada la rebeldía y mandar que el escribano actuario recoja los autos, proveyendo en su consecuencia lo que en derecho corresponda, por ser justicia que pido &c.

Auto. Por acusada la rebeldía; F. devuelva los autos en término de veinte y cuatro horas con escrito ó sin él, y no haciéndolo, aprémiesele.

Nota. En estos casos unas veces se apremia poniendo alguacil á costa del moroso con dieta fija, y otras se le conmina con multa.

Declinatoria de jurisdiccion.

5567 F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, en los autos formados á instancia de D. P., vecino de tal parte, sobre cobranza de cantidad de reales, digo: Que se ha conferido traslado á mi parte de la demanda que con este objeto ha propuesto la contraria, y sin que sea visto atribuir á V. mas jurisdiccion que la que por derecho le compete, y esta declinándola en forma, se ha de servir inhibirse del conocimiento de estos autos, mandando se le haga saber á P., use de su derecho donde le corresponda, pues asi es de hacer en justicia. (*Se alega.*)

Suplico á V. se sirva proveer, como en la cabeza de este escrito se contiene, que repito por conclusion, pido justicia con costas, y sobre la declinatoria formo artículo de prévio, especial y debido pronunciamiento.=*Auto.*=*Traslado.*

Contestacion á la declinatoria.

5568 F., en nombre de S., vecino de tal parte, en los autos sobre tal, digo: Que se me ha conferido traslado del escrito presentado en nombre de D. N., en que solicita tal, y sin embargo de cuanto para ello espone y alega, V. se ha de servir despreciar semejante solicitud, mandando se le haga saber que dentro del breve término que para ello se le señale, evacue el traslado pendiente, bajo apercibimiento de que en su defecto se habrá por contestado y se procederá á lo demas que haya lugar, pues asi es de hacer en justicia. (*Se alega.*)

Suplico á V. se sirva mandar se traigan los autos, y en su vista proveer como en la cabeza de este escrito se contiene, &c.

Declinatoria de jurisdiccion ante juez competente.

5569 F., en nombre de A., vecino de esta ciudad, ante V. como

mas haya lugar en derecho, parezco y digo: Que se le ha hecho saber tal demanda propuesta por M. ante tal juez; y respecto de que el conocimiento de ella corresponde privativamente á este juzgado por estas ó las otras razones,

Suplico á V. se sirva mandar librar el correspondiente oficio al Sr. D. Z., para que inhibiéndose del conocimiento de la espresada demanda, la remita con las demas actuaciones posteriores á esta jurisdiccion privilegiada, donde la parte actora podrá ejercer el derecho que juzgue asistirle, pues asi es de justicia que pido, juro, y para ello &c.

AUTO. Líbrese el oficio que se solicita, &c.

Contestacion á la declinatoria.

5570 F., en nombre de P., vecino de tal, en los autos sobre tal, digo: Que se me ha conferido traslado del oficio y testimonio remitidos por D. F., respectivos à que se inhiba V. del conocimiento que ha tomado sobre este particular y demas que contiene; mas sin embargo de ello, V. se ha de servir declarar le toca y pertenece el conocimiento de este asunto, haber por formada la competencia, y mandar se remitan estos autos à la superioridad, noticiàndolo al señor juez requirente para que lo tenga entendido asi, y verifique igual remesa de los suyos; pues asi es de hacer en justicia. (*Se alega.*)

Suplico á V. se sirva proveer como dejo solicitado, y procede en justicia que pido, &c.

Contestacion por reconvencion.

5571 F., en nombre de J., en los autos sobre tal, digo: Que se me ha conferido traslado del escrito en que à nombre de N. se solicita se condene á mi defendido al pago de tal cantidad, y sin embargo de lo que para ello espone, V. se ha de servir no solo absolver libremente á D. F. de la espresada demanda con perpetuo silencio y condenacion de costas, sino tambien condenar al referido N. á que satisfaga à mi defendido tal cantidad de que le es deudor, à cuyo fin le reconvengo por mútua peticion ó como mas haya lugar en derecho, pues asi es de hacer en justicia. (*Se alega.*) Por tanto,

Suplico á V. se sirva proveer como dejo solicitado, y es justicia que pido con costas, protesto lo necesario, &c.=*Auto.*= Traslado por término ordinario.

NOTA. Al precedente escrito deben acompañarse los instrumentos probatorios de la accion con la que se reconviene.

Demanda de jactancia.

5572 F., á nombre y en virtud de poder que presento de N., vecino de esta ciudad, ante V. como mejor procede y sin perjuicio de otros recursos de que protesto usar en caso necesario, digo: Que mi defendido se halla en quieta y pacífica posesion de tal finca, asi como lo estuvieron siempre sus consortes. Pero ha llegado á su noticia

que N., de esta vecindad, se jacta de tener que suscitarle litigio sobre la misma finca. Y no siendo justo que continúe de ese modo perjudicando á mi poderdante,

Suplico à V. que habiendo por presentado el poder se sirva admitirme justificacion justifical à tenor de este escrito, y dada la bastante mandar que se haga saber à N. que dentro de un breve término que se le señale use de su derecho, bajo apercibimiento de que no haciéndolo se le impondrà perpetuo silencio con condenacion de costas y lo demas que hubiere lugar. Pido justicia, protesto y juro lo necesario, &c.

Auto. Dé la informacion, y hecha, tráigase.

Escrito mudando la accion propuesta.

5573 F., en nombre de F., en los autos sobre tal cosa, digo: Que despues de haberse propuesto por mi defendido su anterior demanda de reivindicacion de tal finca de su propiedad, ha llegado à entender, que N. ha vendido la espresada finca á M. en tanta cantidad, segun resulta de la escritura que debidamente presento, por tanto me separo de la accion antes propuesta y entablando la mas conforme al derecho de mi poderdante,

Suplico á V. que habiendo por presentada la referida escritura, se sirva declarar nulo el contrato de venta que en ella se espresa, y en su consecuencia condenar á M. á que restituya á mi defendido la finca con los frutos producidos y podidos producir: pues asi es justicia que con costas pido, protesto y juro lo necesario &c.

Nota. Cuando se manda la accion, como en la demanda precedente, dirigiéndose contra diverso reo, necesita acompañarse certificacion de haber intentado la conciliacion, porque es un nuevo juicio el que se principia.

Pedimento de eviccion.

5574 F., en nombre &c., digo: Que mi parte compró como de su pertenencia á F. la finca que posee y se le reclama por C.; y como segun las leyes el vendedor está obligado á salir á la eviccion, el C. debiera dirigirse contra F.; razon por la que mi parte no puede ni debe contestar á la demanda, en cuya atencion

Suplico à V. se sirva mandar que el traslado conferido se entienda con F., mandando se le cite de remate para que salga á la defensa de este pleito, pues asi es de hacer y procede en justicia que pido, &c.

Auto. Traslado á F. por término ordinario.

Nota. Evacuado el traslado por el vendedor, se confiere al demandante, y á su tiempo se decide el artículo, declarando si està ó no obligado á salir á la eviccion.

Escrito proponiendo acumulacion de autos.

5575 F., en nombre de J., digo: Que en este mismo juzgado y por

la escribanía de N., se han promovido autos á instancia del mismo contra mi defendido sobre tal cosa. Teniendo este mismo objeto los que ante el presente escribano están presentados, y siendo tambien unas mismas las personas que en estos y en aquellas litigan, corresponde la acumulacion para que no se divida la continencia de la causa. Por tanto

Suplico à V. se sirva mandar que los dos escribanos espresados vengan á hacer relacion de los autos referidos: y habiéndose prevenido con anterioridad los que se siguen por la escribania del presente, proveer que á estos se acumulen los principiados con posterioridad: pues asi es justicia que pido &c.

Auto. Los escribanos que en el anterior escrito se citan, vengan á hacer relacion de los referidos autos: y en su vista se proveerá, citándose á las partes &c.

Otro. En vista del resultado de los autos de que han hecho relacion el presente escribano y M., acumúlense los que se siguen ante el segundo á los que ya estaban ya principiados ante el primero, haciéndose saber á las partes. Lo mandó &c.

(Si unos y otros autos se siguen ante un mismo escribano, à este solo se manda que haga relacion y en su vista se reconoce. Si los autos se siguen en otro juzgado distinto, se oficia de inhibicion, y se siguen los trámites de este incidente.)

Réplica.

5576 F., en nombre de F., en los autos sobre tal cosa, digo: Que se me ha conferido traslado del escrito de contestacion presentado por N., en que pide que se le absuelva libremente de la demanda propuesta con imposicion de perpétuo silencio y espresa condenacion de costas á mi defendido; y sin embargo de lo que espone, V. se ha de servir proveer como en mi escrito de demanda, folio tal solicité; pues asi es de hacer en justicia (*se alega*), por tanto y concluyendo para prueba,

Suplico à V. se sirva proveer como dejo pretendido, y es de justicia, que con costas pido, protesto lo necesario, &c.=*Auto.*=*Traslado.*

Dúplica.

5577 F., á nombre de N., en los autos sobre tal cosa, digo: Que se me ha conferido traslado del escrito de F., de réplica en que insiste en la solicitud de su demanda, y sin embargo de cuanto para ello alega V. se ha de servir proveer como por mi escrito, folio tal solicité, y es de hacer en justicia (*se alega.*) Por tanto

Suplico á V. se sirva determinar como dejo pretendido, y concluyo para prueba. Pido justicia y costas, protesto lo necesario, &c.

Escrito solo de conclusion.

5578 F., en nombre de F., &c., digo: Que se confirió traslado

de mi demanda á N., y evacuado se me ha hecho saber su contestacion. Deseando abreviar el curso de este litigio, que de suyo es ordinario y debe recibirse á prueba, desde luego niego y contradigo lo espuesto por la parte contraria, y afirmándome en lo alegado en nombre de la mia, concluyo para la prueba: y

Suplico á V. que habiendo por conclusos los autos se sirva proveer, segun corresponde, en justicia que pido, &c.

Auto. Hánse por conclusos estos autos, y tráiganse citadas las partes.

Otro. Se reciben estos autos à prueba por término de tantos dias comunes à las partes: hàgaseles saber.

Escrito presentando interrogatorio.

5579 F., en nombre de F., en los autos sobre tal cosa, digo: Que estos se hallan recibidos á prueba, y para hacer la que á mi defendido conviene, presento interrogatorio.

Suplico á V. que habiéndolo por presentado se sirva mandar que á su tenor, con citacion contraria, sean ecsaminados los testigos que por mi parte se presentaren.

Escrito presentando interrogatorio.

5580 F., en nombre de N., sobre tal, digo: Se hallan recibidos estos autos à prueba, y para hacer la que à mi defendido conviene presento interrogatorio.

Suplico à V que habiéndolo por presentado se sirva mandar que á su tenor, y con citacion contraria sean ecsaminados los testigos que por mi parte se presentaren. Pido justicia, &c.

Otrosí. Digo, que mediante á que varios testigos de que mi parte pretende valerse, son vecinos de tal,

Suplico à V. se sirva mandar librar el correspondiente ecshorto á los jueces y justicias de ella con insercion del dicho interrogatorio, á fin de que por su tenor sean ecsaminados los referidos testigos en la forma ordinaria. Pido justicia como antes.

Otrosí. Respecto á que el término porque fueren recibidos à prueba estos autos se halla para espirar,

Suplico á V. se sirva prorogarlo por tal. Pido justicia como antes.

Interrogatorio de preguntas.

5581 Por las preguntas siguientes seràn ecsaminados los testigos que fuesen presentados de don F., en los autos que sigue con don N.

Primeramente. Por el conocimiento de las partes, noticia de este pleito y generales de la ley: digan y den razon.

Por esto.

Por lo otro.

Ultimamente. De público y notorio, pública voz y fama.

Escrito presentando interrogatorio de repreguntas.

5582 F., en nombre de F., en los autos sobre tal, digo: Se hallan recibidos á prueba, para lo que ha presentado la contraria interrogatorio de preguntas, y à fin de que los testigos de que pretenda valerse (ò pueda), sean repreguntados en los términos que á la mia interesa, presento interrogatorio de repreguntas.

Suplico á V. lo haya por presentado, y se sirva mandar que á su tenor sean repreguntados los testigos de que se valga la contraria. Pido justicia, juro, &c.

Interrogatorio de repreguntas.

Repreguntas que se han de hacer à los testigos que se presenten por parte de D. F. en la prueba que intenta hacer en los autos con D. F.

A los que digan esto se les preguntará esto, &c.

Escrito solicitando que se nombren intérpretes para que declaren testigos estrangeros.

5583 F., en nombre de F., en los autos sobre tal cosa, digo: Que hallàndose estos recibidos á prueba, presenté interrogatorio, à cuyo tenor se mandaron ecsaminar los testigos de que intento valerme. Entre ellos hay tres que son de nacion francesa, y no hablan el idioma castellano. Por tanto corresponde y

Suplico á V. se sirva nombrar dos intérpretes que tengan el conocimiento necesario de ambos idiomas, por medio de los cuales, prévia su aceptacion y juramento, se ecsaminen los referidos testigos, &c.

Auto. Como se pide, y al efecto se nombran por intérpretes á F. y N.; hágaseles saber para su aceptacion y juramento. Lo mandó, &c.

Diligencia de ecsámen de un testigo.

5584 En la ciudad de tal, á tantos de tal mes y año, á la presencia del señor D. F., juez de primera instancia, y por ante mí el escribano, pareció D. F. de tal, á quien S. S. recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, bajo del cual prometiò decir verdad en cuanto supiere y fuese concerniente á los hechos de este pleito, en el cual ha sido presentado como testigo por parte de D. F. para la prueba intentada por el mismo. Y ecsaminado el testigo al tenor de las preguntas del interrogatorio, respondió:

A la primera dijo: Que conoce á las personas litigantes (*ó solamente á F.*), que tiene noticia de este pleito (*ó no la tiene*), que no es pariente, amigo ni enemigo de ninguna, ni ha sido intimidado, corrompido, ni sobornado para que oculte la verdad y diga mentira (*ó*

que es pariente en tal grado de quien le presenta, ó de entrambos litigantes, pero que no por eso dejará de decir la verdad); que no tiene interes en este pleito, ni desea que le gane sino quien tenga justicia; que no le tocan las demas generales de la ley de que le instruí, y que es de tantos años poco mas ó menos.

A la segunda dijo; Que sabe tal cosa por tal razon.

A la tercera dijo; Que ignora su contenido.

A la última dijo; Que lo que deja declarado es público y notorio, pública voz y fama en tal parte; y que todo es la verdad bajo del juramento hecho, en que se afirma y ratifica, y lo firma (*ó no lo firma porque dijo no saber*), de todo lo cual doy fé.

Ecsámen de un testigo con asistencia de intérprete.

5585 En la ciudad de tal, á tantos de tal mes y año, á continuacion de la prueba que se intenta hacer en estos autos por parte de D. F., y en virtud de lo proveido en tal dia, presentó por testigo á F., de nacion francés, para cuyo ecsàmen, por no hablar idioma castellano, estan nombrados por intérpretes F. y F., quienes bajo de juramento que tienen prestado aseguraron evacuar bien y fielmente dicho cargo, y para desempeñarle estando presente con ellos el citado F., el señor D. F. de tal, juez de estos autos, formó la señal de la cruz y la misma formaron los intérpretes y el testigo, y el señor juez todo por ante mí el escribano, mandó á los primeros preguntasen al segundo si juraba por Dios y por la cruz decir la verdad de cuanto supiese acerca de los hechos del litigio; y habiéndole hablado en su idioma los intérpretes, dijeron que se lo habian preguntado, y respondia que asi lo juraba, en cuya atencion se procedió á ecsaminarle al tenor del interrogatorio en la forma siguiente:

A la primera pregunta, leidà que fue à los intérpretes, y referida por estos al testigo, dijeron; respondia que conoce à los litigantes, y tiene noticia de este pleito. Que de ninguno de ellos es amigo ni enemigo, ni le tocan las demas generales de la ley, etc., y que es de tantos años de edad.

A la segunda, leida y referida en igual forma, respondieron decia que sabe tal y tal cosa, y por tal razon, &c.

A la última, hecha y referida de igual modo, dijeron respondia tal y tal cosa, y que todo lo que habia declarado era lo que sabia y la verdad, en que se afirmaba y ratificaba bajo del referido juramento; lo cual firma con S. S. y con los intérpretes, y estos aseguraron bajo del mismo juramento que tienen hecho, que todo lo que consta en esta declaracion, es lo mismo que ha depuesto, sin añadir, quitar ni tergiversar cosa alguna, de todo lo cual doy fé.

Nota. Si se hubieran ecsaminado testigos antes de la prueba por alguna de las causas que la ley previene, se pedirá la ratificacion en el término de prueba, si no declararon con citacion contraria, cuya diligencia se estenderá en la forma siguiente.

Ratificacion de un testigo.

5586 En la villa &c. (la cabeza como de cualquiera declaracion y luego sigue) y habiéndole leido la declaracion que tiene dada al folio tantos, dijo: Que su contenido es lo que depuso entonces, y la verdad en que se afirma y ratifica, y la firma que se halla al pie es suya, de su puño y letra; no teniendo que añadir, quitar ni enmendar cosa alguna (si algo quisiere enmendar ó añadir lo espresará, manifestando la causa porque entonces no lo manifestó), y lo firma, espresando no comprenderle ninguna de las generales de la ley, que le fueron aplicadas, siendo de edad de tantos años; de que doy fé.

Si algunos testigos hubieran muerto, ó estuvieran en parajes muy lejanos, y á la parte interesan sus dichos, podrà pedir se abonen, y el juez deferirá á esta solicitud con citacion contraria.

Pedimento solicitando se reciba informacion de abono de testigos.

5587 F., en nombre de F. &c., digo: Que para la prueba intentada por mi parte, depusieron sin citacion contraria N. y J.; y habiéndose acordado à mi instancia que se ratificasen, no ha podido efectuarse por haber fallecido como acreditan las partidas de defuncion, y para que sus disposiciones no sean ilusorias

Suplico à V. se sirva admitirme informacion de abono que ofrezco dar de los mencionados J. y N. con citacion contraria, por ser de justicia que pido &c.

Auto. Esta parte dé la informacion que ofrece con citacion contraria.

Las declaraciones de abono se estienden preguntando á los testigos por el conocimiento de los difuntos, si eran buenos cristianos y temerosos de Dios y hombres de verdad, y tal era su opinion pública, y les parece que lo que declararon sería la verdad.

Pedimento pidiendo cotejo de una escritura redargüida civilmente de falsa.

5588 F., &c. Digo: Que á la demanda propuesta por mi parte acompaña testimonio de una escritura otorgada en tal fecha, la que se ha redargüido civilmente de falsa por la parte contraria; y à fin de que no se dude de su legitimidad y certeza,

Suplico á V. se sirva mandar librar su compulsoria para que la espresada escritura, poniéndose de manifiesto por el escribano tal, el protocolo que ecsiste en su escribanía de donde fue sacada, se coteje con él por el presente escribano con citacion contraria.

Escrito pidiendo una declaracion al contrario por medio de posiciones.

5589 F., en nombre de F., en los autos sobre tal cosa, digo: Que se me ha conferido traslado del escrito presentado en nombre de N.: para evacuarlo conviene al derecho de mi defendido que N. bajo de

juramento no deferido, á que protesto estar solo en lo favorable, declare confesando ó negando conforme á la ley bajo de sus penas por el tenor de los capítulos siguientes.

1.° Como es cierto &c.

2.° Como tambien lo es &c.

Suplico á V. se sirva deferir à la espresada declaracion, mandando que evacuada se me entreguen los autos para esponer lo conveniente. Pido justicia y costas, protesto que entre tanto, no me pare perjuicio la notificacion, &c.

Escrito presentando papeles para su reconocimiento por una de las partes.

5590 F., en nombre de F., en los autos sobre tal cosa, digo: Que estos autos se han recibido á prueba, y para hacer la que á mi defendido conviene, presento dos cartas firmadas por F., padre de N., en tal dia, mes y año, y

Suplico á V. que habiéndolas por presentadas se sirva mandar que N. las reconozca bajo de juramento, declarando si las firmas puestas á su final son de propio puño y letra de su padre, y las que acostumbra hacer en todos sus escritos; practicado lo cual se me instruya del resultado de la diligencia para pedir lo que á mi derecho convenga. Pido justicia, protesto lo necesario, &c.

Auto. Jure y declare como se pide, y hecho, entréguense las diligencias á esta parte para los usos oportunos.

Escrito pidiendo que se ponga testimonio de una escritura pública.

5591 F. &c. Digo: Que se hallan recibidos á prueba, y conviene al derecho de mi defendido se ponga testimonio en estos autos de tal escritura que en tal fecha se otorgó ante F., escribano público de esta ciudad. Por tanto,

Suplico á V. se sirva mandar que se despache el correspondiente compulsorio, para que por el espresado escribano y con citacion contraria se ponga testimonio de la referida escritura. Pido justicia, &c.

Auto. Líbrese el compulsorio para el fin que se pretende con citacion contraria.

Mandamiento compulsorio.

El licenciado D. F. de tal, juez de primera instancia de esta ciudad:

El escribano de este número F., siendo requerido por este mandamiento por parte de N., y hallándose en su poder y oficio el protocolo de escrituras que pasaron ante E. su antecesor, pondrá á continuacion copia íntegra de tal escritura, que ha de presentarse en el pleito que sigue N. contra F. sobre tal cosa, habiéndose citado al efecto la parte contraria. En tal dia, &c.=Licdo. F.=Por su mandado, N.

Testimonio ó copia estendido en virtud del anterior compulsorio.

En virtud de lo que ordena el mandamiento anterior, yo F., escribano del número de esta ciudad, sucesor en el oficio que ejerciò F., doy fé que al folio tantos del registro de escrituras que pasaron ante él aparece una cuyo tenor es el siguiente. (*Se inserta á la letra el documento.*) Lo relacionado resulta (*mas estensamente de los autos si el documento que se testimoniare fuere de esta clase.*) Y el instrumento inserto (*si fuere de esta especie el testimonio*) concuerda con el que se halla en el registro referido á que me remito, y queda en mi poder y oficio. Y en cumplimiento de lo mandado en el precedente compulsorio lo signo y firmo en tal parte, &c.

Escrito pidiendo reconocimiento de peritos.

5592 F., &c. Digo: Que estos autos se hallan recibidos á prueba, y para hacer la que á mi defendido conviene, es indispensable que por peritos de tal clase se reconozca tal cosa. Para esta diligencia nombro por mi parte à F., maestro &c., y

Suplico á V. que habiéndolo por nombrado se sirva mandar, que F., dentro de un breve término que se le señale, elija otro por su parte, y no haciéndolo, nombrarlo de oficio, y que los que resulten elegidos, prévia su aceptacion y juramento, practiquen el reconocimiento espresado con la citacion correspondiente, á cuyo efecto se les ponga por el presente escribano de manifiesto tal documento, ó se les instruya de tal y tal cosa. Pido justicia, protesto lo necesario, &c.

Auto. Como se pide.

Escrito pidiendo publicacion de probanzas.

5593 F., en nombre de F., en los autos sobre tal cosa, digo: Que el término por el cual estos autos se recibieron á prueba ha pasado ya; por tanto corresponde y

Suplico á V. se sirva mandar que se haga en ellos publicacion de probanzas, uniéndose las practicadas à los autos, ó poniéndose nota de no haberlas, y se entreguen por su òrden á las partes para alegar de bien probado. Pido justicia, protesto lo necesario, &c.=*Auto.*=*Traslado.*

Escrito tachando testigos.

5594 F., &c Digo: Que hecha publicacion de probanzas se me han entregado los autos para que alegue la justicia de mi parte. Con este motivo he reconocido que los testigos presentados por la contraria tienen varias tachas, á saber: P. tal, &c., respecto de lo que,

Suplico à V. se sirva admitir las espresadas tachas, y en su consecuencia recibir los autos á prueba de ellas por el término ordinario. Pido justicia sobre esta pretension, formo artículo con

prévio, especial y debido pronunciamiento, protesto lo necesario, juro, y para ello &c.=*Auto.*=*Traslado.*

Escrito evacuando este traslado.

5595 F., &c Digo: Se me ha dado traslado del escrito de F., en que propone varias tachas á los testigos de mi parte, y pide se reciban los autos á prueba de ellas por el término ordinario; y sin embargo de cuanto para ello alega V. se ha de servir, denegando dicha solicitud, mandar se vuelvan á ofrecer los autos para que se sigan segun su estado evacuando el traslado conferido dentro del término que para ello se señale, pues asi es de hacer en justicia (*se alega*), y concluye.

Auto. Autos citadas las partes.

Escrito pidiendo restitucion.

5596 F., &c. Digo que en el término ordinario no ha podido mi parte realizar su prueba, y respecto de ser menor de 25 años, segun consta de la partida de bautismo que obra en estos autos al folio tal, es indudable que por derecho le compete la restitucion *in integrum* contra lapso del referido término, por tanto,

Suplico á V. se sirva conceder á mi defendido por via de restitucion el término competente, pues asi es justicia que pido, protesto lo necesario, juro y para ello, &c.

Escrito alegando de bien probado.

5597 F., &c. Digo: Que vistas por V. las pruebas practicadas á instancia de mi parte, y sin embargo de la que ha intentado hacer la contraria, se ha de servir determinar á favor de mi parte como en mi escrito de demanda, folio tal, tengo solicitado, pues asi es de hacer en justicia (*se alega*) &c.=*Auto.*=*Traslado.*

2.º Digo: Que vistas por V. las pruebas prácticas à instancia de mi parte, y sin embargo de la que ha intentado hacer la contraria, y de cuanto espone y alega en su escrito de tal, de que se me ha conferido traslado, se ha de servir determinar à favor de mi parte, como en mis anteriores escritos tengo solicitado, pues asi es de hacer justicia. (*Se alega* &c.)=*Auto.*=*Traslado.*

3.º Digo: Que se me ha conferido traslado del escrito presentado á nombre de R. en que alegando de bien probado solicita que por V. se provea segun habia pedido; y sin embargo de cuanto espone, V. se ha de servir determinar à favor de mi parte como en mis anteriores tengo solicitado, pues asi es de hacer en justicia, &c.=*Auto.*=*Traslado.*

4.º En la conclusion se dirá: Suplico à V. se sirva mandar traer los autos, &c.

Auto. Tráiganse los autos citadas las partes para definitiva.

Escrito recusando á un juez.

5598 F., &c. Digo: Que por justas causas que me asisten, y juro no ser de malicia recurso á V,

Suplico á V. que se haya por recusado, y se sirva nombrarse acompañado en la forma ordinaria. Pido justicia, &c.

Auto. Hàse su merced por recusado, y nombra por su acompañado á N., juez segundo de primera instancia de esta ciudad. Hágase saber.

Sentencia en primera instancia condenando.

En el pleito que ante mi ha pendido y pende, entre partes de la una F. vecino de *tal parte*, actor demandante, y en su nombre el procurador N., y de la otra don F., reo demandado, en representacion de don C. de la misma vecindad, sobre tal cosa; vistos los autos: *Fallo* atento á sus méritos y por lo que de los mismos resulta, á que me refiero, que debo declarar y declaro, que F. probó bien y cumplidamente su accion y demanda, como probarla debiera, y que don F., reo demandado, no lo ha hecho de sus escepciones y defensas, como debió; y en su consecuencia debo de condenar y condeno al don F. á que entregue, restituya (*ó aquello que sea objeto de la demanda*) al F. tal cosa, con las costas de este pleito (*sino hubiese méritos para condenar en costas, ó no se hace espresa condenacion ó se imponen las comunes por mitad ó á cada uno las suyas.*) cuya tasacion me reservo; asi por esta mi sentencia definitivamente juzgando lo mando, pronuncio y firmo.=*Licdo. D. J. de T.*

Sentencia absolviendo. (La cabeza es igual à la anterior.)

Fallo, atento á los autos y por lo que de los mismos resulta, á que me refiero, que debo declarar y declaro, que F. actor demandante, no ha probado bien y cumplidamente su accion y demanda, como probarla debiera; y que don F., reo demandado acreditó sus escepciones y defensas, como probarlas debió; y en su consecuencia debo absolverle y le absuelvo, dándole como le doy por libre de la demanda intentada por F., condenándole á perpetuo silencio, para que se abstenga de pedir ahora y en lo sucesivo (*si la absolucion es solo de la instancia, se hace espresion, con reserva de pedir como, y donde mejor le convenga*): asi por esta sentencia definitivamente juzgando, lo mando, pronuncio y firmo.=*Licdo. D. J. de T.*

Nota. Los autos definitivos que se usan en la mayor parte de los juzgados, se encabezan con la fecha del dia en que se dan, y el escribano hace relacion de la providencia que el juez dictó, por cuya razon se firma por uno y otro, y en algunas partes no se acostumbran á pronunciar, sino á notificarse á las partes desde luego: mas las sentencias como que solo las firma el juez se pronuncian á su presencia en audiencia pública.

TITULO LXXXIX.

Del juicio ejecutivo.

SECCION I.

Qué sea juicio ejecutivo, y qué títulos ó cosas traigan aparejada ejecucion.

5599 El juicio ejecutivo es un juicio sumario introducido en favor de los acreedores, para que sin esperimentar los dispendios ni dilaciones de la via ordinaria, ni las molestias y vejaciones á que darian frecuente ocasion los deudores morosos, consigan el pronto cobro de sus créditos, sin distraerse del desempeño de los deberes respectivos á sus empleos, oficios ó familias. (Ley 1, tit. 28, lib. 11, Novís. Recop.)

5600 Mas por otra parte, aunque sea tanta la eficacia del ejecutivo, cuando no se sabe seguirlo bien, se convierte fácilmente en ordinario; y ademas, no usándose de él dentro del término señalado por las leyes, prescribe y se pierde el derecho de ejecutar, segun queda espuesto en la seccion anterior.

5601 Asi pues (dice Febrero) para instruir perfectamente al escribano principiante en la teórica y práctica de dicho juicio, esplicaré metódicamente lo que me han enseñado el estudio de las leyes y autores de mejor nota, y he visto practicar en los tribunales superiores é inferiores de esta corte.

5602 Generalmente hablando, traen aparejada ejecucion las diez cosas ó títulos siguientes:

1.º La sentencia que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada.

2.º La ejecutoria dada por el tribunal superior competente, sea confirmando ó revocando la sentencia del juez inferior. (Leyes 1 y 3, tit. 17, lib. 11, Novís. Recop., y el tit. 27, Part. 3.)

3.º La confesion de la deuda hecha en juicio y el juramento decisorio del pleito (Ley 4, tit. 28, lib. 11, Novís. Recop.)

|| Apenas ocurrirà un solo caso del juramento decisorio. ||

4.º Los conocimientos, vales y papeles simples, despues de reconocidos con juramento por quien los hizo ante juez competente, ó de su órden por escrito ante alguacil y escribano, ó ante este solamente, aunque no se esprese en ellos el dia, mes y año en que se hicieron. (Leyes 119, tit. 18, Part. 3; y 4 y 5, tit. 28, lib. 11, Novís. Recop.)

5.º El instrumento público y auténtico que hacen fé. (Leyes 1 y 3 del mismo título y libro.)

6.º La liquidacion ó instrumento simple líquido en cantidad, da-

ños é intereses, siendo reconocido y consentida por la parte con la solemnidad dicha en el núm. 4.

7.º Los libros y cuentas estrajudiciales hechas por las partes ó por los contadores que elijen, si ellas las reconocen y consienten en juicio, segun queda dicho, ó en instrumento público.

8.º El rescripto, cédula ò provision y los privilegios Reales. (Leyes 32, 39 y siguientes, tit. 18, P. 3.) || Esto no pasaria al presente, al menos en todos los casos y materias. ||

9.º Los juros, situaciones y libranzas que da el Rey ó quien tiene facultad para darlas, contra sus tesoreros, cobradores, administradores y arrendadores de la Real hacienda. || Tambien esto ha variado respecto del Rey, y á lo mas podria subsistir respecto de las libranzas espedidas por el director general del Tesoro. ||

10. Y finalmente, los pareceres conformes de los contadores. (Ley 5 y nota 1, tit. 17, lib. 11, Novísima Recop.) || Tambien es ejecutiva la providencia del juez de paz ò conciliacion en el caso del artículo 24 del reglamento provisional. ||

SECCION II.

De las sentencias que traen aparejada ejecucion.

5603 La sentencia del juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada, como dada en juicio contradictorio con audiencia de los litigantes y consentida por estos espresamente, ó con su tácita anuencia por no haber apelado de ella, ó no haber mejorado la apelacion y declarádose esta por desierta, no solo trae aparejada ejecucion en lo espreso, sino tambien en lo que tácitamente contiene, aunque despues conste que es injusta. (Leyes 19, tit. 22; y 1 y 2, tit 27, Part. 3.)

5604 Igualmente la trae la sentencia de los árbitros de derecho y la de los arbitradores y amigables componedores, señálese ó no pena en el compromiso, y sean dos ó mas ó uno solo el compromisario, siendo dada dentro del término prefinido en el compromiso y sobre lo comprometido, sin esceder ni faltar, presentándose el mismo compromiso y la sentencia signada de escribano público, y no habiéndose apelado ni pedido reduccion à arbitrio de buen varon; lo cual procede en la del tercero en caso de discordia. (Ley 4, tít. 17, lib. 11, Novísima Recopilacion; y última, tit. 4, Part. 3, núm. 3: véase lo espuesto sobre el artículo 280 de la Constitucion de 1812.)

5605 La sentencia arbitral deberà ejecutarse por el juez ordinario, pues que los árbitros carecen de jurisdiccion; y por lo mismo si cuando están entendiendo en algun negocio, se ofreciese hacer prueba fuera del territorio jurisdiccional, han de acudir las partes al juez ordinario de él para que libre á este efecto sus despachos; y si dentro de la jurisdiccion, para que se haga ante él.

5606 Si de la sentencia arbitral se hubiese apelado ó pedido reduccion á arbitrio de buen varon, se ejecutará tambien; pero el interesado à cuyo favor se profirió ha de dar en este caso la fianza de Madrid, y lo propio milita en las transacciones hechas ante escribano. (Ley 4, tit. 17, lib. 11, Novís. Recop.)

5607 Son tambien ejecutivas todas aquellas que no son apelables sino en el efecto devolutivo y se especificaron en la seccion 4, título de las apelaciones; entre ellas colocamos las de alimentos siendo pobre la parte á cuyo favor se dió, y á este propósito dice el señor conde de la Cañada, part. 2, cap. 11, núm. 60: «Esto procede no solo en las que despues de un sério y maduro ecsámen del juicio salen con el nombre de definitivas, sino tambien en aquellas que se proveen como interlocutorias, fundadas en las pruebas y presunciones de la calidad del que litiga y de su buen derecho, bastando una sumaria instruccion que incline el ánimo del juez á concebir recomendables las circunstancias en que se funde la obligacion de dar alimentos al litigante, sin que haya diferencia entre los que piden alimentos como hijos y descendientes y por oficio del juez, y los estraños que los soliciten por via de accion.»

5608 No trae aparejada ejecucion la sentencia contra la cual pide restitucion el que goza de este beneficio (ley 2, tit. 23, Part. 3), si no es que parezca por conjeturas que la pretende con malicia.

SECCION III.

De la confesion y del juramento decisorio.

5609 Para que la confesion traiga aparejada ejecucion debe ser clara y pura ó simple, y hacerse ante juez competente y escribano, ó ante este en virtud de mandato escrito de aquel, reconociendo el deudor que está debiendo en aquel acto lo que se le pide (leyes 4 y 5, titulo 28, lib. 11, Novís. Recop.); lo cual procede en cualquier tiempo que se haga la confesion, porque las leyes hablan indistintamente sin limitacion alguna, y donde ellas no distinguen no debemos nosotros distinguir.

5610 La confesion hecha por el difunto es tambien ejecutiva contra el heredero; pero si la hizo en testamento puede revocarla, y entonces no surtirá efecto alguno. || Luego se verá que aunque no la revoque no es ejecutiva; de consiguiente solo lo será la judicial que habia hecho el difunto. ||

5611 Entiéndese por confesion clara no solo cuando el deudor dice paladinamente que está debiendo lo que se le pide, sino tambien cuando espresa *que cree deberlo*, pues la confesion *de creencia* le perjudica igualmente que la de certeza; y cuando dice *que lo debe sobre poco mas ó menos*: asi pues se despachará en estos casos la ejecucion por el todo, y en los diez dias justificará el deudor, si quiere y puede, lo que deba de menos.

|| Sobre las diferencias entre la confesion cuando el acreedor la pide como preliminar á su demanda y antes de formalizar, y la que se hace despues de contestada la demanda respondiendo á las posiciones ó en el mismo acto de la contestacion, puede verse al señor conde de la Cañada, part. 1, cap. 4, núms. 14 al 19. ||

5612 Pero cuando la confesion es ambígua, calificada ó condicional y consta de la condicion, ó se limita á cierto plazo no cumplido, no trae aparejada ejecucion, ni debe esta despacharse ni hacerse embargo de bienes al deudor, hasta que se verifique la condicion ó se cumpla el plazo.

5613 De la declaracion que haga el deudor confesando ó negando, se debe dar traslado al ejecutante ó acreedor, aunque no lo solicite, para que en su vista pida la ejecucion ó lo que le convenga, asi como en el juicio ordinario, sin diferencia.

5614 Aunque el deudor al tiempo que confiesa haber contraido la deuda alegue ó escepcione remision, pago ó promesa de no pedírsela, se ha de despachar ejecucion contra él en virtud de su confesion, y asegurarse la deuda con el embargo de sus bienes, pues le perjudica lo que confiesa y no le aprovecha la escepcion para impedir que se espida el mandamiento ejecutivo, porque debe probarla en el término legal, y hasta que llegue el caso de encargarse este no se ha de admitir prueba ni dar término para ella; y asi se observa.

|| Es cuestion curiosa, y mas fácil de resolverse por casos ò ejemplos que de fijarse por reglas claras y ciertas, si la confesion es ó no individua. Febrero dice arriba que, siendo la confesion calificada, no trae aparejada ejecucion; mas adelante veremos como dice mas espresamente, aunque de paso, que la confesion del ejecutado no puede dividirse. A esto parece oponerse lo que dice en el número sobre la remision, pago ó promesa de no pedir; y sin embargo, en los casos propuestos por el Febrero casi todos los autores dicen lo mismo que él, protestando al mismo tiempo que seria inícuo admitir la confesion en lo favorable y desecharla en lo desfavorable ó gravoso. Boet en sus Pandectas, lib. 42, tit. 2, núm. 5, dà reglas, en lo posible ecsactas, para distinguir de casos y hacer la conveniente aplicacion. ||

5615 Remitiéndose el ejecutado en su confesion à algun instrumento, se ha de despachar la ejecucion solamente por lo que resulte de este como líquido; y lo mismo procede cuando se remite à carta ú otro papel que no tiene contradiccion en el cual se pide alguna cosa, por ser confesion geminada ó duplicada que tiene mayor eficacia para obligar.

5616 La confesion segunda que es contraria à la primera no produce accion ejecutiva, porque ninguno puede ir contra la confesion que una vez hizo; tampoco la produce la hecha estrajudicialmente (leyes 4 y última, tit. 13, Part. 3), ni la que se hace en pedimento presentado en juicio, porque le falta el juramento ante escribano de òrden, que es lo que pide la ley; en cuya atencion ha de ratificarse el deudor con esta solemnidad ó requisito, que es esencial é indispensable: de lo contrario serà nula la ejecucion que se despache, y la dicha confesion servirá solamente para condenarle en via ordinaria, si su contrario la acepta, que es lo que se practica.

|| Véase lo dicho sobre la confesion al tratar de esta clase de prueba en el juicio ordinario (leyes 4 y 5, tit. 28, lib. 11, Novís. Recop.): no ecsigen tal juramento. Segun el derecho romano cuando el abogado confesaba por error alguna cosa perjudicial à su cliente, podia éste enmendar ó corregir el error hasta la sentencia, estando ausente; pero si se hallaba presente al hacerse la confesion, no tenia mas que tres dias para corregirla ò rectificarla. ||

5617 No produce accion ejecutiva la confesion que hace el testador en su última disposicion de que es deudor á alguno, y debe ser demandado en via ordinaria: sin embargo queda por ella obligado en los casos siguientes:

1.º Siendo jurada ó estando presente el sugeto á cuyo favor se hace, si este la acepta, antes que el testador la revoque:

2.º Cuando con la confesion concurren otros adminículos y conjeturas por las que se induce realmente que quiso obligarse, lo cual se deja al arbitrio del juez.

3.º Cuando se hizo por modo de contrato, de suerte que se colige del ànimo del testador que se quiso obligar incontinente, y el sugeto la aceptó antes de la revocacion: fuera de estos casos la confesion se conceptua legado, que puede revocarse como el testamento en que se hizo.

|| Véase en la seccion siguiente cuándo el testamento podrá ser ejecutivo; y por cierto que una y otra doctrina vertidas por Febrero parecen rozarse y obscurecerse, lejos de ayudarse y esclarecerse. ||

5618 Tampoco se debe estar à la confesion que hace uno en los últimos instantes de su vida y puede perjudicar á tercero, aunque sea con juramento y para ecsoneracion de su conciencia, si de otro modo no se prueba lo que dice en ella.

5619 Lo mismo procede en la que hace la madre diciendo que el hijo que ha parido ó trae en el vientre no es de su marido (ley 9, tit. 14, Part. 3), por lo que no perjudica al hijo, escepto que se acredite por otros medios; de suerte que el juramento daña al que le hace, y sus herederos deben observarle.

|| La doctrina de estos dos últimos números y casi toda la anterior es impropia del juicio ejecutivo, y solo podria tener cabida en el ordinario. (Para la mas perfecta instruccion en la materia de confesiones véase la seccion siguiente, que tiene íntima conecsion con esta.) ||

5620 No trae aparejada ejecucion la confesion hecha por el menor que tiene curador, sin presenciar éste el juramento que debe precederla; pero sí la hecha por el menor que no le tiene. (Ley 17, tit. 1, lib. 10, Novís. Recop.)

5621 La confesion ficta ó presunta que induce la ley en pena de la contumacia no es ejecutiva, aunque algunos dicen que sí, porque se tiene por confeso al contumaz siempre que se le cite para que la haga.

5622 Finalmente, no lo es la confesion oscura, pues para traer aparejada ejecucion ha de ser clara, espresa y de cantidad cierta, como se prueba por las leyes 7, tit. 13; 4, tit. 13, Part. 3; y 4, tit. 28, lib. 11, Novís. Recop.; ni la alternativa, como si uno dice *que debe á Pedro ó á Juan*, sino es que conste por ella á quién y lo que debe; ú otras confesiones semejantes, por ejemplo: cuando dice que corrió tanto tiempo con los negocios del que pide, y que le es deudor, sin espresar de cuánto; en cuyos casos se debe liquidar con su audiencia el débito, y confesándolo, se le podrà ejecutar por él, mas no de otra manera.

5623 El juramento judicial *decisorio del pleito*, que tambien se llama *voluntario*, trae aparejada ejecucion porque es confesion verdadera hecha á presencia y con aprobacion del juez, por lo que tiene fuerza de transaccion y sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; pero no la trae *el necesario ó supletorio*, porque se manda hacer ó prestar en defecto de prueba bastante, y asi puede retraerse por nuevos instrumentos que se hallen, lo cual no sucede en el

decisorio (leyes 3 y 15, tit. 11, Part. 3), y es menester que recaiga sentencia y se consienta ó ejecutorie para que se pueda despachar en virtud de él la ejecucion.

|| En este caso se despachará à virtud de la sentencia misma y no del juramento; ya habemos observado que apenas se presentará un caso del juramento decisorio. ||

SECCION IV.

De los vales ó papeles de obligacion.

5624 Los vales ò papeles de obligacion, ya sean á favor de persona determinada, ya digan solamente; *vale que pagaré á quien este me entregare etc.* que llaman *vales ciegos*; las cartas en que alguno confiesa la deuda ó pide à otro le preste cierta cantidad, diciéndole en ellas *que le sirvan de resguardo*; y los demas papeles simples que la ley llama y comprende en el nombre de *conocimientos*, si son reconocidos paladinamente por el deudor que los firmò, precedido juramento ante su juez competente y escribano, ó de mandato escrito del primero ante el segundo solamente ó acompañado de alguacil, traen aparejada ejecucion en cuanto á lo líquido confesado, tengan ó no fecha.

5625 Lo mismo sucede, aunque no los haya escrito íntegramente el que los reconoce, si los firmó y reconoce su firma, porque el firmante de un papel aprueba todo su contenido y está en el mismo caso que si lo hubiera escrito todo de su puño: y cuando no lo haya escrito ni firmado por no saber ó no poder, si lo reconoce en la forma espuesta, sucederà lo mismo, porque la obligacion es suya y no del que en su nombre ó de su órden lo escribió y firmó. (Leyes 4 y 5, tít, 28, lib. 11, Novis. Recop.)

5626 Si el heredero del deudor reconociere llanamente el vale hecho por éste, se puede despachar ejecucion contra él por su importe; mas no puede ser compelido à hacer el reconocimiento, si no quiere; porque es cosa inicua obligar al sucesor á que jure sobre lo que no ha visto escribir ni firmar, y sobre un hecho de que tal vez no tiene noticia; à lo que se agrega que el vale puede ser supuesto, habiendo como hay tan diestros y consumados imitadores de letras. Asi que, no reconociéndole en la forma espuesta, deberá el acreedor seguir la vía ordinaria para reintegrarse de su crédito.

|| En los negocios y obligaciones tienen fuerza ejecutiva

Las letras de cambio, libranzas y vales ó pagarés de comercio en los términos que disponen los artículos 543, 544 y 546 del Código.

Las pólizas originales de contratos celebrados con intervencion de corredor público, que estén firmadas por los contratantes y por el mismo corredor que intervino en el contrato.

Las facturas, cuentas corrientes y liquidaciones aprobadas por el deudor, precediendo el reconocimiento judicial que este haga de su firma.

Las contratas privadas suscritas por los interesados contratantes, y reconocidas en juicio como legítimas y ciertas. ||

5627 Si el deudor niega la deuda y tambien su firma, no se debe

despachar ejecucion contra él aunque los testigos que presenciaron la estension de los papeles referidos y los que los firmaron á su ruego ó de su òrden, los reconozcan; porque la ley Recopilada (4, tit. 28, lib. 11) ecsige que sean reconocidos por los mismos deudores, como lo evidencian estas palabras: *los conocimientos reconocidos por las partes ante el juez que manda ejecutar*; y faltando este requisito indispensable, aun cuando el deudor pacte y consienta que se estimen por escrituras públicas y que no sea necesario su reconocimiento, de nada aprovechará este pacto, ni el papel tendrá fuerza de instrumento público para despacharse en su virtud la ejecucion, porque el derecho público, al que pertenecen las formas y solemnidades de los instrumentos y el órden de los juicios, no puede alterarse por la voluntad de los particulares.

5628 Ni para proceder ejecutivamente basta el cotejo ó comparacion de letras con otras indubitadas del deudor, porque esta hace á lo mas semiplena-probanza, y aun para la via ordinaria debe arreglarse el juez á lo prevenido en las leyes 114, 117, 118 y 119, tit. 18, Part. 3, de las que se ha hablado en el juicio ordinario; y asi como no basta para despachar la ejecucion, tampoco para eludirla, aunque el deudor presente el papel y se coteje en el término de los diez dias; por lo que se debe sentenciar la causa de remate y reservar al ejecutado su derecho para que, hecho el pago bajo fianza, use de él en juicio ordinario.

5929 Tampoco bastan las deposiciones de los testigos, aunque digan uniformemente que vieron al deudor firmar el papel, reconozcan la firma de este y las suyas, y afirmen la certeza del débito; ni otra prueba alguna, por clara y líquida que sea, la trae aparejada, porque esto es bueno solamente para que hagan fé en juicio y se pueda proceder en via ordinaria á la condenacion, mas no para despachar la ejecucion; todo lo que debe tenerse muy presente, sobre todo por los escribanos y jueces legos.

|| En el dia todos los jueces son letrados: pero puede ocurrir el caso previsto en el art. 54 del reglamento. ||

5630 Queda ya dicho en la seccion anterior que el reconocimiento ó confesion presunta que induce la ley en pena de la contumacia, no trae aparejada ejecucion; por lo que no deberà despacharse contra el deudor que no quiere reconocer el vale ó huye; y asi lo practican los jurisperitos.

5631 Escepcionando el deudor en el mismo acto de su confesion y reconocimiento, como puede hacerlo, que no se le entregó la cantidad ó cosa que se le pide (pues la ley 9, tit. 1, Part. 5 no se limita al dinero, y se estiende á otras cosas por identidad de razon), cuya escepcion se llama del dinero no entregado; si no han pasado los dos años que prefine dicha ley para oponerla, contados desde la fecha del vale ó desde que se hizo el préstamo ó contrajo la obligacion, no se debe despachar la ejecucion en virtud de este reconocimiento, porque la cualidad ó escepcion propuesta es conjunta, individua ó inseparable de él; y por lo mismo no puede producir mérito en lo ejecutivo, aunque el vale se halle autorizado y corroborado con la solemnidad del juramento. (Véase en la seccion anterior lo dicho sobre si la confesion es ó no individua.)

5632 Pero si han corrido los dos años contados desde la fecha del vale, se ha de despachar la ejecucion, aunque en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia agravante del trascurso de los dos años sin oponerla ó pedir la devolucion del vale ó entrega del dinero, produce el efecto de incumbir al reo la prueba de no habérsele entregado, en pena de su descuido y silencio por el dicho tiempo.

5633 Lo mismo procede cuando confesò llanamente y la opone despues del reconocimiento, porque es inconecsa y distinta de este, y contra la confesion pura no se admite escepcion que impida despachar la ejecucion; como tambien cuando la renunció espresamente en el mismo vale, aunque le reconozca antes de los dos años; lo cual dice Febrero haber visto declarado en el Consejo, pues ninguna ley establece que pueda renunciarse únicamente en escritura pública, ni prohibe practicarlo en la privada; bien que para que la causa no se sentencie de remate, puede probarla dentro de los diez dias de la ley; y si no pudiese dar esta prueba deberá hacer el pago, oyéndosele despues en vía ordinaria, donde en caso de probarse tendrá el acreedor que restituir lo percibido.

|| Sobre esta doctrina dejamos consignada francamente nuestra opinion en el tomo 3, tit. del préstamo, núm. 2835. ||

5634 Si dentro de los diez años contados desde la fecha del vale pide el acreedor su reconocimiento (para lo cual basta pedir que reconozca la firma, sin ser necesario espresar que declare si debe ó no la cantidad, porque este ya lo dice), y el deudor declara que la firma es suya, pero niega la deuda alegando que está pagada ó que no la contrajo, ú oponiendo otra escepcion semejante, se debe á pesar de esto despachar la ejecucion; porque del mismo hecho de haber firmado el vale se deduce haber él contraido la deuda, recibido el dinero ó cosa que se le pide y quedado obligado al pago ó entrega, y que por consiguiente es maliciosa la escepcion: fuera de que el hallarse el vale en poder del acreedor persuade que no se le satisfizo ni él la remitió, pues de lo contrario lo hubiera recogido el deudor, ó al menos algun resguardo en que así constase: por lo tanto debe justificar la escepcion en el término del encargado para enervar la intencion del acreedor.

|| La doctrina de este número se halla tambien envuelta en la delicada cuestion de la divisibilidad ó indivisibilidad de la confesion. ||

5635 Lo mismo deberá practicarse aunque escepcione que tiene cuentas pendientes con el acreedor, porque lo líquido no se debe retardar por lo ilíquido, y las cuentas ecsijen mas prolijo ecsámen del que puede hacerse en la vía ejecutiva: de manera que debe pagar, y luego usará de su derecho en la ordinaria.

5636 Aunque en virtud del reconocimiento puro de escritura privada hecho por el deudor puede sin otros adminículos ni pruebas despacharse ejecucion contra él, no perjudicarà esto á los demas acreedores suyos que tengan escrituras públicas hipotecarias anteriores al reconocimiento de la privada, y por lo tanto serán preferidos al quirografario; debiendo perjudicarles mucho menos despues de formado el concurso, porque en tal caso se presume hecho el reconoci-

miento con la intencion fraudulenta de privarles de su derecho. (Ley 31, tít. 13, Part. 5.) Lo mismo debe decirse de la confesion del deudor hecha en los términos que el espresado reconocimiento.

5637 Tampoco perjudican el reconocimiento y confesion del tutor contra el menor, el del procurador ó mandatario contra el mandante, advierta y sepa que ha de resultar alcanzado en ellas, porque no hay cantidad líquida y cierta: mas por los bienes que consten inventariados y por el capital puesto en la compañía bien se puede despachar la ejecucion pactàndose asi en instrumento público, porque siendo como son indubitados, no se les puede oponer el reparo de ilíquidos y errados.

5638 Por tanto puede despacharse ejecucion contra el tutor ó curador por los bienes del pupilo ó menor puestos en el inventario, y los pupilos y menores podràn pedir sus bienes raices antes de hacerse la cuenta final. Pero antes de dar las cuentas no puede ser reconocido el tutor sino en via ordinaria hasta que haya cosa líquida, porque aun respecto de los que conste se le entregaron por inventario puede escepcionar venta ú otro contrato que fuese útil al menor. (*Febrero reformado.*)

5639 Una vez dadas las cuentas no deben ser pedidas nuevamente al que las dió, escepto que haya lesion, dolo ó error en ellas, en cuyo caso, especificándolo claramente el que las pide, puede ser compelido el otro á repetirlas.

5640 Debe tambien advertirse que quien pide por todo lo que contiene el libro debe estar no solo à las partidas que conste haber recibido el ejecutado, sino tambien á las que este haya anotado como entregadas al ejecutante, porque mas bien se juzgan conjuntas que separadas, y la confesion del ejecutado no puede dividirse.

SECCION V.

De los rescriptos, cédulas Reales, juros, situaciones y libranzas.

5641 Los rescriptos, privilegios, cédulas y provisiones Reales que no ceden en perjuicio de tercero ni del público, ni han sido obtenidos con el vicio de obrepcion ó subrepcion, ni se oponen al derecho divino, natural ni positivo, y por consiguiente son justos, deben ser obedecidos y traen aparejada ejecucion (leyes 2, 3, 4, 5 y 9, tit. 4, libro 3, Novísima Recopilacion; 20, 29, 30, 31, 36, &c., tit. 18, Partida 3): pero si ceden en detrimento de tercero, se han de ejecutar solamente despues que se le oiga y no de otra suerte, aunque contengan cláusulas derogatorias.

5642 Si no son mas que contra derecho positivo, con tal que contengan cláusulas especialmente derogatorias de estas, y hayan sido espedidos con las de *motu propio*, *cierta ciencia y poderío Real absoluto*, se deben ejecutar; mas no, careciendo de ellas. (Las mismas leyes.)

|| En un gobierno constitucional no pueden regir la doctrina y leyes citadas; las tenemos pues casi por enteramente inútiles hoy dia. asi como lo siguiente: ||

5643 No vale el rescripto dado contra otro, á no ser que en

el segundo se haga mencion específica del primero derogándole, ò que no se le oponga la falta de esta mencion (ley 36, tit. 18, Part. 3; cap. 3, *de Rescript.* Clementin. 2 *de Sepult.*); y si el primero contiene cláusulas derogatorias de los posteriores, y la parte adquirió derecho en la cosa que le concedió por él, es ineficaz el segundo que carezca de ellas, pues para derogar el primero se requiere necesariamente que las contenga: pues que el rey à nadie quiere privar sin causa de derecho adquirido, sino antes bien dejar indemne el de la primera concesion.

5644 Tampoco vale ni hace fé el espedido contra el estilo acostumbrado en el tiempo en que se espidió, porque se presume falso (ley 4, tit. 20, Part. 3); ni el obtenido por el escomulgado (ley 38, tit. 18, Part. 3); ni el obtenido en materias de justicia sin poder de la parte que suena, aunque sera vàlido el que sin este requisito se obtenga en las de gracia. (Ley 39, tit. 18, Part. 3.)

5645 Los juros, situaciones y libranzas dadas por el rey, ó por los ministros à quienes concede esta facultad, contra los tesoreros, cobradores y administradores de la hacienda pública, traen aparejada ejecucion; como tambien las dadas contra los arrendadores de sus rentas, si las aceptan y reconocen judicialmente, no en otra forma; y si no las pagan dentro del tercer dia siguiente al requerimiento que se les haga à este efecto, deben satisfacer los salarios que por su morosidad se causen y devenguen. (Leyes del título 16, lib. 9, Recopilacion.)

|| Pero ya advertimos al principio del título que tampoco estas leyes pueden hoy tener uso por lo respectivo al rey, y sí solo en cuanto al ministro responsable y el director del Tesoro. ||

TITULO XC.

Quién puede pedir ejecucion; quién ser ejecutado; en qué bienes puede ó no trabarse aquella; y si el acreedor despues de intentada la via ordinaria podrá abandonarla y pasar á la ejecutiva.

SECCION I.

Quién puede pedir ejecucion.

5647 Mediando alguno de los instrumentos ejecutivos enumerados en el título anterior, puede pedir ejecucion toda persona hábil para comparecer en juicio, aun cuando no esté nombrada en el instrumento, con tal que no estándolo, se trate de su interés y le competa accion á virtud de aquel: si el que pide la ejecucion no legitima en este acto su persona, puede el juez repelerle de oficio, y no debe despacharla.

5648 De consiguiente puede pedirla el sócio por los créditos de la compañía, aunque no tenga poder ni cesion de los otros sòcios (ley 2, tit. 32, Part. 3; y 6, tit. 10, Part. 5), porque estos pueden obrar judicialmente sin él, dando la fianza prescrita en la ley 10, título 5, Part. 5.

5649 Tambien puede pedirla el marido por la dote que se le prometió y no le fué entregada, bien sea constante ò disuelto el matrimonio, porque la hace suya en virtud de la responsabilidad que contrajo à restituirla (leyes 1 y 7, tit. 11, Part. 4); y tambien por los bienes parafernales como conjunto y à nombre de su muger; mas no los cobrarà sin poder de esta, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales, y de consiguiente no responde de su importe, competiéndole solo su administracion, á menos que se pacte lo contrario al tiempo de casarse.

|| Véase la nota del número 270. Sin embargo, es mucho mas probable, por no decir cierto y seguro, que el casado que entró en los diez y ocho años tiene la administracion esclusiva de los bienes de la muger por la ley 7, tit. 2, lib. 10 Novísima Recopilacion, y bajo este concepto puede ejecutar y hacerse cargo de lo cobrado: la muger casada es bajo este y otros puntos de vista una verdadera menor ;la distincion de bienes parafernales y dotales es hoy levísima y casi nula. ||

5650 El heredero del acreedor, justificando serlo por lo menos al tiempo de la oposicion, puede pedir la ejecucion contra el deudor de éste; y si hay dos ó mas herederos, cada uno ejecutará por sola su

parte, sino es que tenga poder ó cesion de los coherederos antes de entrar en pleito, ó que pendiente este, se lo den ratificando lo actuado: mas para que se le admita en juicio, debe ante todas cosas legitimar su persona. || ¿Y cómo legitima su personalidad pidiendo ejecucion por lo que es de otros sin su poder ó cesion? ||

5651 Lo propio puede hacer el comprador de la herencia contra los deudores de ella; el testamentario universal à quien el testador diò facultad para distribuir sus bienes, pues se tiene en lugar de heredero y se le transfieren las acciones que tenia el difunto (leyes 2 y 4, titulo 10, Part. 6); y tambien el legatario y fideicomisario contra el que tiene lo que se les legó, sin que necesiten cesion del heredero.

5652 Si el difunto debia alguna cantidad á su heredero y consta de ello por instrumento ejecutivo, puede hacerse pago por sí mismo; pero si no tiene tal instrumento, se ha de nombrar defensor á la herencia, ponerla demanda, citar á los acreedores de la herencia, y probarse el crédito. (*Nota del reformador dèl Febrero.*) || Pero nosotros no vemos que esto pueda tener lugar sino en el caso de aceptarse la herencia á beneficio de inventario. ||

5653 Puede el fiador pedir ejecucion contra el deudor principal por todo lo que pagó por este voluntariamente ó apremiado despues de cumplir el plazo, presentando para ello la cesion ó lasto del acreedor y la escritura de obligacion que hizo el deudor, aunque no otorgase à favor del fiador escritura de indemnidad.

5654 Pero si el acreedor no cediere sus acciones al fiador ni hubiese escritura de indemnidad, solo podrá este intentar contra el deudor la accion de mandato, que le compete por haber hecho su negocio (leyes 11, 16 y 21, tit. 12, Part. 3), para reintegrarse de su desembolso en via ordinaria, á causa de no estar aquel obligado à su favor ejecutivamente, y de faltar la cesion y la escritura de indemnidad que traen aparejada la ejecucion; y por esto lo mejor es que el acreedor ceda sus acciones al fiador en el acto de la paga, con lo cual cesa toda disputa.

5655 Igualmente puede pedirla contra los demas fiadores por lo que pagó por ellos, à prorata de la obligacion en que cada uno se constituyò; pero ha de presentar para esto el lasto del acreedor, pues sin él no se dà accion al fiador contra los compañeros de fianza, ni al mancomunado contra los suyos, ya se formalice con fé de entrega del dinero, ya confesando su anterior recibo y renunciando la escepcion del dinero no entregado; porque basta que en el lasto confiese el acreedor que el fiador le pagó su crédito por sí y por los otros fiadores, puesto que ninguna ley manda que intervenga la fé de entrega, ni por faltar esta queda privado el fiador de este beneficio de la cesion de acciones, que de ningun modo puede ser sospechosa. Asi es que para que los fiadores y mancomunados no esperimenten perjuicios se halla dispuesto en derecho, que rehusando el acreedor darles el lasto, no tenga accion à ecsigir de ellos el pago, y que esta escepcion le obste hasta que lo dé.

|| Sobre la cesion de acciones ó carta de lasto véanse los números 3525 y siguientes, donde se habló de ella con difusion y manifestamos nuestra falta de conformidad con las doctrinas de Febrero. ||

5656 Si el negocio toca principalmente en todo ó en parte al fia-

dor ò mancomunado, no le compete accion alguna contra los demas, porque hizo su negocio y no el de estos. Cuando se renunció la escepcion de la cesion de acciones puede el acreedor reconvenir á todos á prorata, ó por el todo à uno solo, y pagàndole éste quedan libres los consòcios: habiéndose contraido la fianza ú obligacion por ciertas y determinadas cantidades, por ejemplo, uno por veinte, otro por cuarenta &c.; si alguno de ellos viene á quedar insolvente ò fallido, no estàn obligados los consócios á pagar la parte de éste; pero cuando se contrajo simplemente, se ha de dividir con igualdad el desfalco entre ellos, porque es visto haberse obligado asi y tomado á su cargo la insolvencia del consócio.

5657 Disuelto el matrimonio puede la muger pedir ejecucion contra los herederos de su marido por la dote que este recibió y por las arras que le prometiò; como tambien contra el que prometió la dote y no la entregó à su difunto marido. Lo mismo procede por su mitad de gananciales en los créditos de su marido contra los deudores de éste, sin que sea necesaria la cesion de sus herederos ni que precedan division y adjudicacion; porque dicha mitad le toca por derecho, y la hace suya aunque en el instrumento no suenen los créditos à su favor, sino al de su marido.

|| Esta doctrina que parece tan cierta y sencilla en derecho, no careceria de inconvenientes en la pràctica, y creemos que sin preceder la liquidacion, division y adjudicacion de gananciales, jamas se habrá hecho uso de ella. ||

5658 El procurador ò apoderado puede pedir ejecucion á virtud de su poder, ora sea especial para ejecutar, ora simple y general para pleitos (ley 7, tit. 14, Part. 5); mas no cobrar la deuda sin que en el mismo poder ó en otros conste de esta facultad, y sí solo pretender se asegure hasta que su dueño acuda à cobrarla. (Ley 9, tit. 9, Part. 7.)

5659 Tampoco puede pedir la ejecucion de la cosa juzgada, si no tiene poder especial para ello ó el general carece de esta especialidad; y por lo tanto en los poderes para pleitos conviene poner la cláusula «de que defienda à su principal hasta conseguir ejecutoria y llevar esta á ejecucion, sin que para esto segundo necesite nuevo y especial poder, pues se ha de tener por tal para dicho efecto y para todo lo demas que ocurra hasta la entera conclusion del negocio, y para cuanto intente en utilidad de su mencionado principal.»

|| Este número parece rozarse con el anterior, porque si el poder simple ó general para pleitos basta para pedir cualquiera otra ejecucion, debe tambien bastar para pedir la de la cosa juzgada ó ejecutoriada. ||

5660 La cesion de derechos puede ser de dos maneras: una *traslativa*, y otra *ejecutiva ó abdicativa*: por la primera se desprende el cedente de su derecho, pero traspasándolo à otros; por la segunda lo estingue y consume enteramente, de suerte que es una verdadera renuncia.

5661 Puede hacerse la cesion en utilidad del cedente ó del cesionario; y se presume hecha en utilidad de aquel á quien toca el peligro del crédito cedido; bien que á veces suele ejecutarse en favor del cedente, siendo no obstante el riesgo ó peligro del cesionario, y vice-versa.

5662 Esto supuesto, si la cesion se hizo por hacer alguna paga ó por otro motivo útil al cedente, puede todavía este transigir despues el débito, confesar su pago y libertar de él al deudor, ó parecer en juicio y ecsigírselo en via ejecutiva ú ordinaria. Pero si fue hecha por comodidad del cesionario, sin que el cedente conserve derecho alguno, nada de lo dicho podrá este practicar; y en caso de practicarlo, habrà lugar á repelerle por la escepcion de cesion de acciones, que es legítima y ad-misible.

5663 El cesionario puede tambien pedir ejecucion por el importe de lo que se le ha cedido, bien sea por donacion ó por venta; aunque en este segundo caso no podrá pedir mas de lo que dió al cedente.

|| Esta doctrina y gran parte de la que sobre cesiones vierte Febrero está tomada del título 4, libro 8 del Digesto y de sus comentadores, pues nosotros carecemos de leyes sobre el particular. Por derecho romano el comprador de una accion ó crédito no podia ecsigir del deudor sino el tanto ó precio en que lo habia comprado. Esta prohibicion ó cortapisa introducida por los emperadores Anastasio y Justiniano tuvo por objeto impedir *turpes litium redemptiones*; y efectivamente, si se observara tal doctrina, jamas se verificaria la venta. ||

5664 Pero debe advertirse que cuando la cesion es por título oneroso, ha de hacerse al tiempo que el cesionario entrega el importe del crédito; y mediando intervalo de nada servirá, porque una vez reintegrado el acreedor ninguna accion tiene ya que ceder; y asi cuando no parece el dinero al tiempo de la cesion, no ha de decirse que está hecho el pago, sino que se harà.

|| No seguimos esta doctrina por lo que espusimos en los números 3529 y 3530. Aun por derecho romano, tan adherido al rigorismo y sutilezas, tenia el comprador en este caso las acciones útiles, bien que no las directas: nuestros lectores pueden ver el título mencionado del Digesto, donde hallarán doctrina mas útil y clara que la de Febrero y sus autores. ||

5665 Es tambien de advertir que habiéndose hecho la cesion por escritura, debe el deudor presentar esta con el documento justificativo del crédito ó deuda para poder pedir ejecucion; y si es cesionario en virtud de endoso de algun vale ú otro papel simple, no solo debe pedir que le reconozca el deudor que le hizo, sino tambien que el endosante ó cedente confiese su endoso, pues sin esto no acredita ser verdadero dueño y cesionario, pudiendo otro cualquiera haber sustraido el papel y hacer el endoso tomando el nombre del endosante. Por lo tanto, si la ejecucion se hubiese despachado sin preceder la confesion ó reconocimiento del endosante, y se le opusiere esta escepcion, se anulará, á menos de subsanarse el defecto en el término de prueba.

5666 Sobre si es ò no preciso que el cesionario haga constar préviamente la justa causa con que se le hizo la cesion, hay variedad de opiniones; la negativa parece la mas fundada, porque al deudor no le asiste razon ni interés para ecsaminar si la causa de la cesion es ó no justa, gratuita ú onerosa, ni si la ha habido ó no para hacerla; y solo le incumbe y podrá ser compelido à pagar cuando se le demande en virtud de ella pasado el plazo. Sin embargo le competerà la escepcion de si la cesion es ó no reprobada por derecho, y de si fué hecha

à persona cavilosa ó mas poderosa; porque pudo haberse cometido dolo en esto.

SECCION II.

Quién puede ser ejecutado.

5667 Puede ser ejecutado no solo el mismo deudor sino tambien su heredero, probando que realmente lo es, sin que baste probar que aquel á quien se trata de ejecutar es hijo ó pariente del deudor difunto. Si el heredero aceptó la herencia con las circunstancias y solemnidades dichas en su oportuno lugar, solo podrá ser ejecutado por el importe ó montamiento de aquella; si la aceptó simplemente, puede ser ejecutado por el todo de la deuda hasta en sus propios bienes. (Leyes 10, 11 y 12, tit. 6; y 7, tit. 19, Part. 6: véanse los núms. 1465 y siguientes.)

5668 Si el heredero del deudor reconociere llanamente el vale hecho por este, se podrá despachar ejecucion contra él; pero no puede ser compelido á hacer el reconocimiento, segun se ha dicho antes.

5669 Habiendo dos ò mas herederos del deudor, ha de ser ejecutado cada uno à prorata de su haber y no mas, porque la obligacion de su causante se dividió *ipso jure* y proporcionalmente entre ellos; de modo que aunque el difunto los hubiese obligado á todos, ó alguno pueda pagar su parte, no puede ecsigirse esta de los otros coherederos, á no ser que el acreedor proceda por accion hipotecaria, pues entonces como la obligacion sigue à la hipoteca y es individua é inseparable de ella hasta que se estingue, puede aquel proceder por el todo contra el coheredero que la posea, sin necesidad de hacer division, quedando al pagador el derecho de repetir contra los otros coherederos con el lasto del acreedor la parte que pagò por ellos.

5670 Lo propio milita en el enfitéusis y censo consignativo por los réditos vencidos, cuando es compelido á su íntegro pago el poseedor de una de las hipotecas; y asi se observa en la práctica.

5671 Puede tambien ejecutarse al hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia paterna, materna ó abolenga à prorata de la parte que conste haberle tocado en ella, sea que conste de dichas deudas al tiempo de la particion ò despues, y que se haya hecho la mejora en cosa cierta ò incierta de los bienes del mejorante (ley 5, tit. 6, lib. 10, Novísima Recopilacion); y esto deberá practicarse en los tres casos siguientes:

1.° Cuando el hijo acepta la herencia, y se le adjudican esta y la mejora.

2.° Cuando repudia la herencia y acepta la mejora; pues entonces se reputa por heredero y puede ser reconvenido á prorata, sin que preceda escusion en los herederos. (Son los dos casos de la ley 21 de Toro, hoy 5, tit. 6, lib. 10, Novísima Recopilacion.)

3.° Cuando se pide á un tiempo la ejecucion contra los herederos y el mejorado.

5672 El poseedor de un mayorazgo puede ser ejecutado por la deuda, censo ó gravámen á que están obligados sus bienes, bien pro-

ceda de la misma fundacion ó se haya impuesto con facultad Real, ó en otro caso permitido, y aunque el poseedor no haya heredado al fundador.

5673 No solo pueden ser ejecutados los herederos instituidos espresamente, sino tambien los que en su lugar poseen la herencia del deudor, y son llamados herederos *anómalos*; tales como el fideicomisario universal, el legatario de todos los bienes, el Estado en representacion del que falleció sin dejar parientes, y los testamentarios universales á quienes el testador cometió la distribucion de todos sus bienes en sufragios por su alma ó en otros fines; pues que todos estos hacen veces de herederos y estàn obligados à satisfacer las deudas de aquel cuya herencia poseen, porque es responsable de ellas.

5674 Se puede proceder ejecutivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa enagenada durante el litigio; y aun cuando lo haya sido á un clérigo, puede el juez secular proceder contra él y ejecutar en ella la sentencia hasta que se efectúe el pago, porque á cualquiera parte ó persona à donde vaya lleva consigo el gravámen á que está afecta mientras no se la liberta.

5675 La muger casada puede ser ejecutada en cuanto alcance su parte de gananciales por la mitad de las deudas que contrajo en union con su marido, y aun de las contraidas por este solo durante el matrimonio; y si ambos se obligaron por el todo *in solidum*, se puede pedir à ella toda la deuda hasta en su mencionada parte de gananciales; mas no si los renunció al tiempo de casarse, ó antes ó despues de casada. (Leyes 14, tit. 20, lib. 3 del Fuero Real; y 9, tit. 4, lib. 10, Novis. Recop.)

5676 Esceptúase el caso en que el marido se constituyó fiador de otro y tuvo que pagar por él; pues que no estando la muger obligada á la fianza, tampoco lo estará la mitad ó su parte de gananciales. (Ley 2, tít. 11, lib. 10 de la misma Recop.)

5677 Habiéndose despachado ejecutoria contra la muger antes de contraer matrimonio, puede hacerse ejecucion despues de contraido en sus bienes, sin esceptuar los dotales cuando carece de otros, citando á su marido, porque el importe de lo que debia no era suyo y por lo tanto no pudo entregarlo como dote. Igualmente debe ser ejecutada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos de primer matrimonio, pues que por la ley están obligados al pago, como tambien los de su actual marido. (Leyes 23 y 26, tit. 13, Part. 5; y 5 al fin, tit. 16, Part. 6.)

5678 Del mismo modo se puede proceder ejecutivamente contra el sòcio obligado por las deudas de la sociedad, el cual está facultado para pagarlas de los bienes de la misma, y luego con el lasto del acreedor sacará del fondo comun lo que satisfizo por los consòcios; mas no si las contrajo en su privativa utilidad, porque de estas responde únicamente con sus propios bienes. (Ley 16, tit. 10, Part. 5.)

5679 El deudor del deudor principal puede ser ejecutado por el acreedor del segundo, concurriendo tres circunstancias:

1.ª Que aquel confiese, ó conste por otro medio legal que es deudor del deudor principal.

2.ª Que el deudor principal sea condenado à su solucion.

3.ª Que á consecuencia de todo proceda escusion en los bienes del mismo, y no los tenga ó no alcancen para pagar enteramente al acreedor.

5680 La escusion *es un juicio en que se averiguan ecsacta y diligentemente las facultades del deudor principal, para que si resulta insolvente en todo ó en parte, pueda el acreedor repetir por lo que no cobre de aquel contra los fiadores ú obligados secundariamente*; y es necesaria en los casos siguientes:

1.º Cuando el deudor principal está presente, á no ser que se haya renunciado á este beneficio.

2.º Cuando la finca hipotecada está en poder de un tercer poseedor, pues en tal caso no puede este regularmente ser reconvenido sin hacerse antes escusion en los bienes del principal, aunque se proceda por dote (ley 14, tit. 13, Part. 5); aunque de esto se hablará en esta misma seccion mas detenidamente:

3.º Cuando el deudor enagenó la finca en fraude de sus acreedores.

4.º Cuando el padre enagenò los bienes maternos de sus hijos, pues estos han de escutir préviamente los paternos para demandar al tercer poseedor de los primeros. (Ley 24, tit. 13, Part. 5.)

5.º Cuando la muger renunciò su derecho de hipoteca en el contrato de enagenacion que hizo su marido: siendo de notar que pueden intentarse y seguirse en una misma demanda y juicio la causa hipotecaria y la de escusion.

|| En el número 3498 y siguientes quedan notados los casos en que puede procederse ejecutivamente contra el fiador sin hacer escusion en los bienes del deudor principal: Febrero añade aquí algunos otros que omitimos por inútiles, é incurre, como mas de una vez le acontece, en la contradiccion de afirmar que la sentencia dada contra el deudor principal puede ejecutarse sin nueva citacion ni juicio contra su fiador de pagar lo juzgado, pero no contra el de contrato: al tratar de los efectos de la sentencia habemos dicho que no perjudica la confesion del tutor contra su menor, la del procurador ó demandatario contra su demandante, á menos que el poder tenga cláusula especial para ello, el del prelado contra su iglesia, el del marido de haber recibido la dote en perjuicio de sus acreedores, escepto que su muger pruebe la entrega por otros medios legales. ||

|| El reformador del Febrero tacha justamente de absurda la doctrina del mismo y otros autores sobre que cualquier juez, aunque sea incompetente, puede compeler al reconocimiento del vale. ||

5681 El reconocimiento ó confesion estrajudicial no tiene fuerza ejecutiva, y solo aprovecha en via ordinaria, probándose por testigos; el judicial la tiene aunque no esté firmado por la parte pues si no sabe escribir ó dice que no sabe, bastará la fé del escribano.

SECCION V.

De los instrumentos públicos.

5682 Trae aparejada ejecucion el instrumento público original otorgado ante escribano público ó notario real ó numerario, que hace fé por tener todos los requisitos legales, con tal que esté claro y se pueda entender su contesto. Siendo tal su estado, nada importa que el

pago del débito sea puro, condicional ó á dia cierto, si este llegó y se cumpliò aquella, ni que el acreedor no estuviese presente á su otorgamiento: escusado es decir que no hay necesidad de que el deudor le reconozca préviamente, como la hay en los vales y papeles privados.

5683 Pero debe tenerse muy presente, que si el instrumento es de aquellos de que el escribano no puede dar al interesado mas copias que la primera, llamada *original*, ésta solo goza de fuerza ejecutiva, no la segunda, ó tercera á menos que hayan sido sacadas del protocolo con las solemnidades legales, porque en este caso se subrogan en lugar de la primera y surten todos sus efectos.

5684 Llámase esta copia *original* porque el escribano, bajo pena de perder el oficio y responder de los perjuicios, no puede dar mas que una por mas que el acreedor ó interesado solicite la segunda con pretesto de habérsele perdido la primera ó con otro cualquiera: de consiguiente no puede suceder que haya otras originales, y el escribano debe poner en el protocolo nota de haberla dado, para que asi conste en todo tiempo.

5685 Las escrituras de que el escribano no puede dar de propia autoridad sino la primera copia, son aquellas en cuya virtud se puede pedir la deuda tantas veces cuantas parezca la original; como las de obligacion de dar, pagar ó hacer alguna cosa, las de imposicion de censo, arrendamiento &c., ó las que pueden perjudicar al contrario. Deberá sin embargo darse segunda, precediendo lo siguiente:

5686 El acreedor ha de acudir al juez del pueblo en que se otorgó la escritura jurando que sin culpa ni malicia suya se perdió ó quemó la copia original, y que no está reintegrado de su crédito; pedirá por lo tanto que mande darle otra copia, obligándose tambien con juramento á devolver la primera, en caso de encontrarla, para que el escribano la rompa y cancele.

5687 El juez mandarà hacer saber esta solicitud al deudor, y si este dentro de tercero dia confiesa la deuda ó no se opone, se mandará dar la copia, que el escribano estenderá á continuacion del pedimento, auto y citacion, no separadamente.

5688 Si el deudor comparece alegando que pagó la deuda, y contradice por lo mismo la dacion de la segunda copia, le concederá el juez término suficiente para probarlo; no probàndolo el deudor dentro del tiempo señalado, se mandarà dar la copia: asi como se denegará si justifica que se le remitió la deuda ó que por haberla satisfecho se le entregó la copia original, que ecsiste en su poder.

5689 Si el juez despues de citado y oido el deudor manda dar segunda copia, debe el escribano en cumplimiento de su obligacion poner nota en el protocolo con relacion de todo para que conste en lo sucesivo haberse dado, á fin de que el acreedor no pueda cobrar dos veces su crédito, si parece la primera, y se eviten pleitos y perjuicios al deudor.

5690 Debe tambien tenerse presente en los instrumentos de que vamos hablando, que si la copia está dada por «concuerda con el protocolo» ó con otra palabra equivalente, aunque sea en el mismo dia de su otorgamiento, si no està suscrita por el escribano (segun debe este hacerlo con arreglo á la ley 54, tit. 18, Part. 3), no se tendrà

por la original y primera, que es la que tiene la virtud ejecutiva; ya porque le falta la suscricion que pone por forma dicha ley diciendo, *debe*, cuya palabra denota necesidad y obligacion de hacer alguna cosa; y ya porque con omitir la suscricion dá á entender el escribano que ha dado otra copia y que por esto le pone el *concuerda*, aunque le está prohibido dar por sí sin la espresada solemnidad mas que una de las de esta clase.

5691 Conviene por lo tanto que el escribano ponga el mayor cuidado en no dejar de suscribir la primera copia para no causar por su omision perjuicios al acreedor; y de todos modos el juez no debe despachar la ejecucion cuando la copia no esté suscrita, pues ha habido casos en que aquella se ha declarado nula por habérsele opuesto la dicha escepcion.

5692 Procede tambien la ejecucion en la promesa futura de obligarse uno á otro dentro de cierto tiempo, pues pasado este, queda obligado el prometedor y puede ser reconvenido: si la promesa fué de liberacion, cumplido que sea el tiempo, produce escepcion á favor del deudor ejecutado.

5693 Esto mismo debe decirse del instrumento y obligacion condicional cuando haya ecsistido la condicion, bien sea espresa ó tàcita; como la promesa de dote, que lleva envuelta la condicion de efectuarse el matrimonio; por lo que para pedir ejecutivamente el marido el cumplimiento ó entrega de aquella, necesita probar haberse celebrado el matrimonio, à no ser notorio; bien que si se despacha la ejecucion y el reo no apela, valdrá el proceso siempre que se cumpla la condicion en el discurso de aquella.

5694 Ademas para poderse ejecutar el instrumento hecho ante escribano, ha de ser este numerario, porque si pasó ante el real no podrá ejecutarse, escepto que no le haya numerario en el pueblo donde se otorgó, ò que habiéndolo, se haya otorgado con su consentimiento para su protocolo, ó en la córte; pues segun la ley 7, titulo 23, lib. 10, Novísima Recopilacion, pueden actuar en ella los reales aun habiéndolos numerarios; ó que sea instrumento conveniente á las comisiones para las que suelen diputarse los reales; ó donde hay costumbre de que estos autoricen instrumentos para sus registros, aun cuando los haya numerarios.

5695 La prohibicion de autorizar instrumentos hecha á los escribanos reales se funda en tres razones.

1.ª Para que no se estravíen ò pierdan los protocolos, respecto de no tener aquellos oficio público en que archivarlos.

2.ª Porque los numerarios estan sujetos á servir al pueblo en que lo son, al paso que los reales son libres y pueden usar ó no de su oficio; conviene por lo tanto recompensar la sujecion de los primeros, en lo que se consulta ademas el mejor servicio de los pueblos.

3.ª Que los numerarios sufren varias cargas por razon de su oficio sin ninguna retribucion; y el que sufre lo gravoso, debe tambien sentir lo favorable. Pero como la prohibicion se hizo en beneficio de los numerarios, puede cesar y cesa por la costumbre contraria y por la tolerancia y consentimiento de los mismos.

5696 Debe por último advertirse que aunque el instrumento

haya sido autorizado por escríbano numerario, si este le hizo como persona y en forma privada sin signarle ó sellarle, no trae aparejada ejecucion, porque sin el signo no hace fé, mediante à que la ley 54, tit. 18, Part. 3, lo prescribe tambien por forma, mandando que ponga en él su signo firma y suscricion, y en el título que se espide á los escribanos se dice: «que siendo puesto en los instrumentos el signo que el rey les dà (el cual se figura en el mismo título), hagan fé y prueba:» de que se deduce por el contrario que si falta el signo, no hacen fé.

5697 Por tanto los instrumentos que firman sin poner su signo algunos sugetos vanos y necios que tienen honores de secretarios del rey, certificando haber pasado ante ellos, no serán ejecutivos, mayormente cuando los secretarios del rey no tienen como tales facultad para autorizar instrumentos públicos, sin que se les espida, como se practica, notaría de reinos.

5698 Puede procederse ejecutivamente á virtud de un instrumento otorgado fuera de estos reinos en pueblo donde no es ejecutivo, siempre que tenga los requisitos necesarios para serlo aqui; porque en todo lo concerniente al órden del juicio se debe atender y atiende siempre al lugar en que se sigue, y no à aquel en que se formalizó el contrato ó instrumento, aunque en lo sustancial de este se debe mirar al en que se celebró.

|| No aprobamos semejante doctrina, porque esto seria contra la voluntad de las partes que en este reino y en todos debe respetarse como la base y fondo de las obligaciones: la vía ejecutiva es mas rígida y gravosa al deudor; si no quiso sujetarse á ella en otro reino, ¿cómo por la misma escritura se ha de hacer peor su condicion en este? ||

5699 Para evitar dudas sobre si el que autorizó el instrumento es ó no escribano, conviene que se compruebe ó legalice por dos ó tres «que dén fé no solo de que lo es legal y fidedigno, sino tambien de que el signo y firma puestos en él son suyos y los que acostumbra hacer.» Este es el verdadero modo de legalizar los instrumentos, sin que baste decir *que es escribano fiel y legal*, porque puede serlo y ser tambien suplantados el instrumento, signo y firma, como repetidas veces se ha visto: lo cual tendrà presente el escribano asi para estender las comprobaciones, como para dar ó no crédito á instrumentos autorizados y legalizados por quien no conoce.

5700 Trae asimismo aparejada ejecucion el instrumento en lo que contiene tácitamente, siendo conjunto de lo que está espreso en él. Así, aunque en la obligacion dotal ò instrumento de la deuda no se hable de la restitucion de la primera y pago de la segunda, se tienen por espresos, y se puede proceder ejecutivamente en su virtud. Lo propio sucede en lo que se compra en almoneda, pues no es menester pactar su satisfaccion porque se tiene por espresa, mayormente cuando es de la naturaleza de este contrato la solucion de lo comprado.

5701 Igualmente es ejecutivo el testamento solemne por la deuda, mejora, legado ó fideicomiso de cosa específica dejados en él, porque es instrumento público y se estima por tal como hecho ante escribano; pero como discuerdan los autores acerca de esto, convendrà pre-

venga el escribano al testador mande en su testamento *que se pueda pedir ejecutivamente la cosa que lega en él*, en cuyo caso sacándose la cláusula con citacion del heredero y presentándose testimoniada con cabeza y pie, ó si el testador no lo manda, haciendo que el heredero le reconozca judicialmente bajo de juramento, se puede proceder ejecutivamente contra él, y asi se practica.

‖ Nos referimos à lo espuesto en la seccion 3.ª sobre la confesion hecha en testamento, y con la vénia de Febrero decimos que ni suele ponerse tal cláusula en los testamentos, ni por los legados se procede contra los herederos sino en via ordinaria.

En el número siguiente dice Febrero que no puede procederse ejecutivamente por el legado hecho contra la cédula de 18 de agosto de 1771 (ley 15, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop.) y la inserta por entero. (Véanse los números 1113 al 1118.) ‖

5702 Trae tambien aparejada ejecucion el instrumento en que alguno promete y se obliga á hacer alguna cosa, asi en cuanto á esto, pidiendo cumplirlo, como en cuanto á la estimacion ó interés cierto en defecto de cumplimiento, con tal que se haya pactado en el instrumento y preceda en este caso su liquidacion.

‖ Febrero dá por sentado que la obligacion de hacer envuelve á favor del reo la alternativa de cumplir lo prometido ó pagar el interés, y bajo este supuesto enumera siete casos en que el obligado puede ser compelido á hacer lo que prometió; pero esta doctrina, tomada del derecho romano, se aviene mal con la célebre ley 1, tit. 1, lib. 10, Novís. Recop.; y asi el obligado á hacer podrá ser apremiado á que lo cumpla, siempre que sea posible el hecho y lo pide el estipulante. Sin embargo, es preciso convenir que casi siempre se resuelve en daños é interés, si el obligado no hace lo que prometió, y por lo mismo conviene estipular cantidad cierta para este caso ‖

5703 No trae aparejada ejecucion el instrumento novado, pues con la novacion se acaba la primera obligacion y se constituye otra nueva; de consiguiente pierde toda su fuerza el instrumento.

5704 Tampoco la trae el instrumento de arriendo por el tácito del año siguiente al en que espiró el arriendo espreso; pues sin embargo de que segun la ley 20, tit. 8, Part. 5 (y el decreto de Córtes de 8 de junio de 1813, restablecido en 6 de setiembre de 1836) por el hecho de permanecer el arrendatario en la finca tres dias ó mas con aquiescencia del dueño, se entiende arrendada por otro año con las mismas condiciones, hipotecas, aprecio y seguridades anteriores por ser accesorias al contrato principal (aunque no en lo tocante al fiador, si no se renueva la fianza), no se comprende en el dicho arriendo tácito la escritura ó instrumento para el efecto de ser ejecutivo, escepto que se pacte en él y preceda liquidacion y confesion llana del débito.

5705 Por lo mismo en los contratos de arrendamiento conviene se ponga la condicion «de que por el año ò años mas que el arrendatario permanezca en el arriendo, ha de pagar la propia cantidad y renta que por los pactados espresamente, y ha de poder ser ejecutado por la de cada uno en iguales términos, sin ser necesario hacer prévia liquidacion ni otra diligencia, y entenderse comprendidos en el

primer arriendo con la misma hipoteca, prelacion y seguridades, como si todo fuera especificado en él, sin diferencia alguna.»

5706 No es ejecutivo ni aun hace prueba el instrumento público ò privado que se remite á otro, sin que conste primero de este, sea por estar inserto en él como debe estarlo, ó por manifestarse separado; en cuya atencion deben presentarse ambos, y siendo privados, reconocerse por el deudor: si no se presentan, debe el juez darle traslado liso y llano ò bien un mandato de pagar para que dentro de tercero dia esponga lo que le conviniere (mas no despachar la ejecucion porque será nula), ó denegar al acreedor lo que pretenda, mandàndole que pida con arreglo á derecho.

5707 Pero lo espuesto en el número anterior debe entenderse del caso en que el instrumento referente nada dispone ó la remision es condicional, porque si esta es casual y aquel contiene disposicion en sí mismo, y el otorgante se obliga en él, de modo que sin el relato consta claramente lo que se pretende en el referente, hace ya prueba y se puede á su virtud proceder ejecutivamente, como sucede en él en que el fiador se obliga á pagar la deuda que consta en otro, aunque este no se ecshiba;

En la sentencia, pues, la dada en otro juicio perjudica al fiador para que se proceda contra él ejecutivamente, sin necesidad de nuevo proceso;

En la obligacion que se hace por la cosa vendida refiriéndose á la venta;

En el reconocimiento de censo, sea enfitéutico ó reservativo, sin que se produzca la escritura de imposicion;

Especialmente si en esta se pactó asi, y en otros casos semejantes, siendo de notar que si la cosa debida pereció por culpa del deudor, se puede proceder ejecutivamente contra él por su importe en virtud de instrumento público.

|| No vemos como pueda ser esto sin que antes se fije cantidad cierta y líquida del valor de la cosa y de los perjuicios. ||

5708 No es ejecutiva la escritura de obligacion en que hay intereses y falta el juramento de su importe que deben hacer acreedor y deudor conforme á la ley 22, tit. 9, lib. 10, Novís. Recop., que dice: «el deudor, al tiempo que otorgare cualquier escritura ó cédula en que se obligue à pagar alguna cantidad, declare en ella con juramento si hay intereses y lo que montan, y el escribano dé fé de tal juramento, y el acreedor para usar de la escritura ó cédula hecha en su favor haga el mismo juramento, y sin lo uno y sin lo otro no se pueda ejecutar ningun instrumento ni cédula, aunque esté reconocida, ni admitirle las justicias en ningun tribunal, ni juicio ó fuera de él, ni haga fé ni probanza para ningun caso ni efecto, porque queremos que lo susodicho sea tenido por forma sustancial de cualesquiera obligaciones ò contratos que se hicieren ò celebraren por escrito; y faltando en ellos la dicha forma, los declaramos nulos, como si no se hubiesen hecho ni otorgado; y no obstante el dicho juramento de entrambas partes, siempre que se probase lo contrario, se procederà contra ellos, como usurarios y logreros conforme á derecho.»

|| Esta ley redujo los intereses al cinco por ciento para los casos y

negocios en que se podian llevar conforme á derecho, y para cortar las simulaciones en contrario estableció las precauciones mencionadas; pero (lo decimos con sentimiento) no tienen observancia ni en la via ejecutiva ni en la ordinaria. ||

5709 Tampoco es ejecutiva la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, aunque sea de los permitidos; ni la de pagar las mercaderías que los mercaderes, plateros y otros negociantes fian á los novios para casarse; ni la que constituyen los hijos de familia de pagar cuando se casen, hereden á sus padres ó sucedan en mayorazgo, ó para cuando tuvieren mas renta ó hacienda, à menos que lo permitan sus padres; ni la hecha por el estudiante sin consentimiento del que le tiene en el estudio; ni la que contrae la muger casada sin licencia de su marido.

|| Mas sencillo y breve era decir que no son ejecutivas todas las obligaciones prohibidas por las leyes, como que por esto mismo son nulas. (Véase en el título *de las obligaciones en general* la seccion 1.ª de los pactos prohibidos.) ||

SECCION VI.

De la liquidacion ó instrumento líquido.

5710 El instrumento líquido ó la liquidacion que consta por instrumento público ó por confesion y reconocimiento judicial de la parte hecho en la forma legal (sea de tutela, compañía fenecida, intereses, daños ó de otra cualquiera clase de deuda), trae aparejada ejecucion; mas no cuando no es líquido, y asi para proceder en su virtud ejecutivamente, serà necesario que antes se liquide.

|| Esto es opinable, aunque la opinion de Febrero, siguiendo á otros muchos autores, es la mas corriente. Pero si en efecto se despacha la ejecucion por lo no líquido y el ejecutado no apela, se ha de continuar: de manera que no haciéndose la liquidacion en el curso de la ejecucion, y sentenciándose de remate, si se interpone apelacion en este estado por haberse despachado la ejecucion por lo no líquido, no debe revocarse la sentencia. (*Nota del reformador de Febrero.*) Pero ¿qué se adelantará con una ejecucion despachada por cosa ó cantidad líquida? Siempre habrá de procederse á la liquidacion, es decir, á un juicio ordinario en sus tràmites y conocimiento. (Véase al señor conde de la Cañada, cap. 2, part. 3, desde el núm. 8 en adelante.) ||

5711 Si el instrumento contiene cantidad cierta de trigo, vino, aceite ú otra especie semejante, puede despacharse ejecucion por la cuota de la especie antes que se liquide el valor de esta, porque la incertidumbre del precio no hace incierto el crédito.

5712 Si es de tutela, luego que el tutor dé cuenta de ella y no antes; y si ofreciendo darla con pago, se le ejecutare primero que la dé, serà nula la ejecucion, y se impedirà su progreso oponiéndose esta escepcion.

5713 Si es de compañía, tendrà lugar la ejecucion liquidadas que sean las cuentas de esta, á menos que se haya pactado en la escritura que se pueda ejecutar por el capital luego que se disuelva la compa-

ñía y antes de liquidarse las cuentas, pues entonces habrà lugar la ejecucion hasta el importe del mismo, puesto que es líquido.

5714 Por alimentos ó intereses de dote retardada se puede proceder ejecutivamente sin necesidad de hacer liquidacion, porque la obligacion de los alimentos la trae aparejada y los intereses de la dote se deben por derecho, como que se permite llevarlos, y se dan para ayudar y sostener las cargas del matrimonio, sin que por ello se cometa usura.

5715 Pidiéndose ejecucion en virtud de un instrumento por lo líquido y lo ilíquido, debe despacharse por lo primero, aunque el deudor ofrezca, deposite ó dé fianza; porque la ejecucion de lo líquido no se debe retardar por lo no líquido, ni se impide sino con la paga, y el depósito y fianza no lo son. Esceptúase sin embargo el caso en que lo líquido é ilíquido estan de tal suerte unidos, que por esta circunstancia venga á reputarse ilíquida toda la cantidad, pues entonces debe preceder la liquidacion de todo para que pueda despacharse la ejecucion.

5716 Lo espuesto acontece cuando el deudor recibe prestada cierta cantidad de dinero á cuyo pago se obliga por escritura, y para que su acreedor se reintegre de ella, le cede las rentas de varios bienes dándole poder para administrarlos, y las cobra en efecto por algunos años. En este caso, aunque la cantidad espresada en la escritura sea líquida, lo no líquido percibido de las rentas del deudor la hace ilíquida, y de consiguiente no debe despacharse ejecucion por el todo ni por parte de ella hasta que se liquide y apruebe lo que el acreedor percibió en pago de su crédito.

5717 Pero si lo líquido se puede separar de lo que no lo està, el deudor no podrà evitar que se continúe para ello la ejecucion, sino consignándolo y consintiendo que se entregue al acreedor, ofreciendo pagar lo ilíquido luego que se liquide; con lo cual cesará la ejecucion.

|| Recordamos la doctrina del señor conde de la Cañada sobre la naturaleza y trámites del juicio de liquidacion. ||

5718 Para que el instrumento no liquidado sea ejecutivo, se requiere una de dos cosas; ó estimacion cierta de la cantidad, daños, espensas ó intereses segun la costumbre indubitada del pueblo, y que convengan en ella las partes, si no se espresó su importe en el mismo instrumento; ó que el obligado la difiera en el juramento y declaracion del actor, en cuyo caso siendo escesiva la regulacion del que jura, la ha de reducir el juez à lo justo, si asi lo pide el reo, y se ejecutará por lo reducido.

5719 La liquidacion del instrumento no líquido puede hacerse por escrituras, testigos, contadores ó juramento decisorio, ó el que se llama en el pleito *in litem*, segun lo ecsija la cosa controvertida, con audiencia de las partes y conocimiento sumario; y por lo que el juez declarare y se liquidare y aprobaren aquellas se ha de despachar la ejecucion. Haciéndose la liquidacion por testigos ò árbitros que discuerdan en la cantidad, ha de regular el juez á su arbitrio la que parezca mas justa y moderada; y por su importe ha de despacharse tambien la ejecucion sin embargo de apelacion.

5720 Aunque la liquidacion se haga à presencia de escribano y de

las partes, precediendo para ella auto dado á instancia de la una, y aunque ambas la firmen, debe el que resulta alcanzado reconocerla despues ó ratificarse en ella bajo de juramento: sin esta diligencia no podrá despacharse ejecucion por el alcance; porque el reconocimiento jurado ante el juez y escribano, ó ante este de su órden, es el requisito legal é indispensable para la fuerza ejecutiva en los instrumentos privados, como en este caso será la liquidacion: y no importa que se haya hecho ante escribano, porque este no le presta toda la autoridad que al instrumento que se otorga ante él, ni para hacerla concurre la solemnidad de testigos que en el otorgamiento de este, ni la corrobora con el signo ò caràcter real, para que no se pueda dudar de su contenido; lo cual observan los jueces literatos como arreglado al espíritu de las leyes, y el practicar lo contrario es un error clàsico.

5721 Por lo tanto si alguno pide ejecucion en virtud de esta liquidacion, debe proveer el juez: «No ha lugar por ahora á la ejecucion que esta parte pretende; pida conforme á derecho;» es decir, pretenda el reconocimiento y ratificacion primero, y hecha llanamente, pida la ejecucion y se despachará.

SECCION VII.

De los libros y cuentas estrajudiciales.

5722 En cuanto á las cuentas estrajudiciales formalizadas por las partes ó alguna de ellas ò por los contadores que nombran, bien sean de administraciones y gastos de pleitos, bien de otras cosas y negocios, debe distinguirse de casos.

5723 Si las dá un administrador ò encargado de negocios, suele haber algunos de estos en que se hacen gastos secretos, de los cuales no se puede sacar ni se debe pedir recibo, sino estar al dicho y buena fé del comisionado, ó no haberse fiado de él; hay tambien otros como gastos en pleitos y ciertas menudencias de que no se estila dar recibo, por lo que ha de estarse á la relacion jurada y puntual del que dà la cuenta, mientras no se pruebe lo contrario.

5724 Pero si las dá sin justificar los pagos de los gastos ó partidas que ecsigen documentos para su abono, ha de pretenderse para mayor brevedad que el administrador ó encargado reconozca las cuentas y presente los documentos justificativos de la data; y que en virtud del reconocimiento, produzcálos ó no en el término prefijado, liquide el escribano con citacion suya ante todo las partidas no justificadas, y que con la propia citacion y audiencia se apruebe la liquidacion y pase en autoridad de cosa juzgada; y aprobada, debe pedirse que por lo que no resulte justificado ó documentado, se espida mandamiento de ejecucion contra el administrador ò encargado como alcance líquido, sea que saque ò no alguno en la cuenta contra sí.

5725 Fúndase esto en que el cargo es confesion de lo recibido con obligacion de responder de ello, y cierto é indubitado por estar ademas corroborado con juramento, que es una segunda confesion; y en que no debe darse crédito á la data ó partidas que debiendo venir documentadas ò justificadas, no vienen en esta forma; de suerte que

es lo mismo que si no aparecieran en la cuenta, y el cargo viene á quedar líquido en su importe.

5726 Por lo tanto, no pudiéndose dudar del cargo por la confesion ó reconocimiento jurado, no estando por otra parte justificada la data en debida forma, y habiendo sido contumaz el reo en no producir los documentos, sin embargo de habérsele mandado; se ha de despachar la ejecucion, no solo por el alcance que ya sacaba contra sí el dador de las cuentas, sino tambien por lo que carezca de justificacion en la data, pues que esto se presume puesto con el único fin de cubrir el cargo, y asi no merece aprecio.

5727 De nada sirve alegar que la confesion y reconocimiento de la cuenta va unido con el cargo y data; porque ni el de esta como hecho en favor suyo debe aprovecharle, ni el reconocimiento, aunque hecho juntamente ó á un mismo tiempo, es individuo ó inseparable por recaer sobre hechos diversos y acaecidos en diversos tiempos, de los que el uno puede ecsistir sin el otro, pues que puede haber cargo sin data y aun data sin cargo, cuando todo se suplió y nada se percibió. Asi la data no justificada cuando debe estarlo, no es data legítima, sino una suposicion de partidas con el objeto de cubrir el cargo.

5728 Mas cuando el administrador documenta su cuenta y lo jura, y aun en el caso de reconocerla despues judicialmente, no debe despacharse la ejecucion so color de que pueden ser suplantados los recados justificativos; porque estos y el juramento inducen á su favor la presuncion de ser legítimos y verdaderos mientras no se acredite la suplantacion ó falsedad, y sobre esta, como que ecsije discusion y ecsámen mas prolijo, debe ser oido en via ordinaria

5729 Si las cuentas se prueban y reconocen judicialmente con la solemnidad legal, y aquel contra quien resulta alcance lo consiente, traen aparejada ejecucion; pero no, faltándoles este requisito, aun cuando el que las formó por órden de los interesados sea hombre timorato, inteligente y fidedigno, y aunque jure que están ecsactas y arregladas à verdad; por lo que se han de liquidar, ecsaminar y deshacer primero los agravios que contengan hasta quedar justificadas.

5730 Lo espuesto en el número anterior procede aunque el dueño se haya obligado en instrumento público á pasar por la cuenta jurada que le diese su administrador ó apoderado, y à satisfacerle el alcance que saque en ella á su favor; pues sin embargo de que por esta obligacion parezca aprobar la cuenta, confesar por líquido el alcance, y remitirle el importe de los agravios, dado caso de que los contenga, hay en contrario las poderosas razones siguientes:

5731 Las cuentas pueden estar erradas, y ser escesivas ó dolosas algunas de sus partidas; en tal caso, como en todos, el error quita el consentimiento, lo escesivo debe ser reducido á lo justo, y el dolo futuro no se puede remitir ni renunciar por pacto; la aprobacion debe recaer sobre cosa cierta pasada y no sobre la fútura que no tiene ecsistencia; la confesion ha de ser de cosa que no admita duda, y la ejecucion debe tambien ser de lo que no se pueda debilitar por medio alguno; el juramento anticipado del dueño no es decisorio del pleito, porque para hacerle no concurrieron las circunstancias que prescribe el dere-

cho; la obligacion solo induce una mera confianza del dueño, pero escluyendo siempre el dolo que pueda cometer el administrador abusando de ella.

5732 Por estas razones en el caso propuesto procede únicamente darse mandato de pagar contra el dueño, conminándole en la tercera providencia con la ejecucion, y si á pesar de esto es contumaz y no acude á pedir los autos, despacharla; mas si acude, se le deben entregar y oirle en via ordinaria sobre los agravios que oponga á la cuenta.

5733 En el caso de haberse obligado el dueño bajo juramento á pagar á su administrador el alcance referido, y dándole facultad en el mismo instrumento para que por su importe procediese ejecutivamente contra él sin otro requisito, diligencia ni liquidacion, se podrà despachar la ejecucion, porque el juramento ha de observarse siempre que se pueda; y hecho el pago bajo de fianza, usarà de su derecho en via ordinaria por los agravios que halle en la cuenta; porque con el juramento no es visto haber perdonado ni aprobado el dolo ni error ignorados, mientras no lo esprese clara y específicamente. Este es mi parecer, dice Febrero, en estos casos que no he visto tratados en ningun autor.

|| Nosotros creemos que los tales casos seràn rarísimos, y probarian poco menos que locura de parte del dueño; pero de todos modos encontramos la doctrina de este número muy poco en armonía con la del anterior, que á nosotros nos parece mas fundada. ||

5734 Finalmente, si un administrador tiene aprobadas sus cuentas hasta cierto tiempo, en las que alcanza al dueño, y otras posteriores sin aprobar, y éste pretende que las dé nuevamente de todo el tiempo de su administracion, debe el primero resistirlo, porque allanándose á ello se perjudica en la accion ejecutiva que à virtud de la aprobacion, siendo antes reconocida judicialmente, puede intentar por el alcance líquido; y asi las dará solamente del tiempo posterior, pedirá reconocimiento de las precedentes y en su virtud la ejecucion, y el dueño ó principal, que es el deudor, justificará sus escepciones en los diez dias, ó si no las justifica, pagará reservándole su derecho para la via ordinaria, en la que hará cada uno su probanza, segun le convenga, sobre todas las cuentas despues de pagar lo líquido, aprobado y reconocido.

5735 Si alguno solicita que otro le dé cuentas, teniendo obligacion de dárselas, se las manda dar el juez; y para hacerlas cada interesado nombra contador, ò el juez en defecto del que no le nombrase, como asimismo tercero en caso de discordia. Los contadores, precediendo su juramento, hacen las cuentas y las presentan al juez, quien da traslado de ellas á las partes para que las vean y adicionen en el término que les señala, con apercibimiento de que, pasado, las aprobará y mandará ejecutar. Si no las adicionan en dicho término, las aprueba el juez señalando un breve plazo para que se satisfaga el alcance; y si no se hace, se despacha en cuanto á este la ejecucion, no obstante cualquiera apelacion ó contradiccion.

5736 Mas si se adicionan las cuentas en el término señalado, se da traslado de las adiciones á la parte, se sigue un juicio ordinario y se decide por el juez confirmando ó revocando las cuentas, segun le

parezca justo; de cuya sentencia hà lugar á apelacion, escepto en lo que los contadores ó su mayor parte estuvieren conformes, si lo confirma el juez; pues en este caso trae aparejada ejecucion, y ha de ejecutarse sin embargo de apelacion, dándose fianzas de volver lo que se recibiese, en caso de revocarse, con frutos y segun se mandase. (Hevia Bolaños, citado por el reformador de Febrero.)

5737 Los libros de cuentas que alguno tiene en su casa y en los que sienta lo que dice estarle debiendo varias personas, no deben ser creidos en esto (ley final, tit. 18, Part. 3), porque la confesion que hace en los libros es contra tercero, y esta no vale.

|| En cuanto á la fé de los libros mercantiles, véase el artículo 42 del código de comercio. ||

5738 Si las cuentas son de bienes del rey, iglesia ò concejo, y sus repartimientos, se han de ejecutar sin embargo de apelacion por su alcance, siendo reconocido en la forma propuesta y aprobàndolas el juez, no en otros términos. (Ley 6, tit. 17, lib. 7, Novís. Recop.)

5739 No debe procederse ejecutivamente contra el obligado á dar cuentas antes de darlas, aunque se advierta y se sepa que ha de resultar alcanzado en ellas, porque hasta entonces no hay cantidad líquida y cierta: mas por los bienes que constan inventariados y por el capital puesto en la sociedad bien se puede despachar la ejecucion, con tal que se haya pactado asi en instrumento público, porque siendo en este caso indubitados, no se les puede oponer el reparo de ilíquidos y errados.

|| Si alguno solicita que otro le dé cuentas, teniendo obligacion de darlas, se las manda dar el juez; y para hacerlas cada interesado nombra contador, ò el juez en defecto del que no le nombrare, como asimismo tercero en caso de discordia. Los contadores, precediendo su juramento, hacen las cuentas y las presentan al juez, quien dà traslado de ellas á las partes para que las vean y adicionen en el término que les señala, con apercibimiento de que, pasado, las aprobarà y mandará ejecutar. Si no las adicionan en dicho término, las aprueba el juez señalando un breve plazo para que se satisfaga el alcance; y si no se hace, se despacha por el importe de este la ejecucion, no obstante cualquiera apelacion ó contradiccion.

Mas si las cuentas se adicionan en el término señalado, se dá traslado de las adiciones á la parte, se sigue un juicio ordinario y se decide por el juez confirmando ó revocando las cuentas, segun le parezca justo; de cuya sentencia ha lugar la apelacion, escepto en lo que los contadores ó su mayor parte estuvieren conformes; pues si lo confirma el juez, trae aparejada ejecucion y ha de ejecutarse sin embargo de apelacion, dàndose fianzas de volver lo que se recibiere, en caso de revocarse, con frutos y segun se mandare. Esta es doctrina de Hevia Bolaños, que cita en su comprobacion la ley 14, tít. 21, lib. 3, hoy nota al tít. 31, lib. 11 de la Novísima.) (*Reformador de Febrero.*) ||

5740 Una vez dadas las cuentas no se deben volver á pedir al que las dió, á menos que por su causa haya lesion, dolo ó error en ellas, en cuyo caso, especificándolo señaladamente el que las pide, puede ser compelido el otro á reiterarlas; y debe tambien tenerse presente que quien pide por todo lo que contiene el libro debe estar no solo á

las partidas que consta haber recibido el ejecutado, sino igualmente à las que este haya anotado como entregadas al ejecutante, porque se reputan mas bien conjuntas que separadas, y la confesion del ejecutado no puede dividirse.

|| En cuanto á los libros mercantiles, véase la seccion 2.ª, titulo 2.º del Còdigo de comercio, y particularmente los arts. 42, 46 y 48. ||

SECCION VIII.

De los rescriptos y privilegios reales.

5741 Los rescriptos, privilegios, cédulas y provisiones reales que no irrogan perjuicio á tercero ni al público, ni han sido dados con el vicio de obrepcion ò subrepcion, ni se oponen al derecho divino, natural ó positivo, y por consiguiente son justos, deben ser obedecidos y traen aparejada la ejecucion (leyes 2, 3, 4 y 5, tít. 4, lib. 3, Novís. Recopilacion; 20, 29, 30, 31, 36 y 39, tit. 18, Part. 3); pero si envuelven perjuicio de tercero, no se han de ejecutar hasta despues de oirle y proveer sobre ello, aunque contengan cláusulas derogatorias, segun las mismas leyes citadas y otras.

5742 Si fueren únicamente contra derecho positivo, y contuvieren cláusulas especialmente derogatorias de este, habiéndose espedido con las de *motu propio, cierta ciencia y poderío Real absoluto*, *se deben ejecutar*; mas no, careciendo de ellas.

|| La doctrina de este número no puede tener hoy uso alguno en tela de juicio y artículos de justicia, porque el rey y sus ministros nada proveen ni pueden proveer en aquel sagrado círculo; tal vez ocurra algun caso en puntos de gobierno y administracion; pero sobre que tampoco en estos pueden en su ausencia infringir ni derogar las leyes vigentes, la aplicacion correrá á cargo de las autoridades administrativas, nunca al de las judiciales. ||

5743 No vale el rescripto dado contra otro, á menos que en aquel se haga mencion específica de éste derogándole, ó que no se le oponga la escepcion al primero (ley 36, tit. 18, Part. 3); y si este contiene cláusulas derogatorias de los que puedan darse despues, y la parte adquiriò derecho en la cosa que se le concedió por él, es ineficaz el segundo cuando carece de ellas; pues para derogar al primero es necesario que las contenga, por cuanto se presume que el rey á nadie quiere privar sin justa causa del derecho adquirido.

5744 Tampoco vale ni hace fé el espedido contra el estilo acostumbrado en el tiempo en que se espidió, porque se presume falso (ley 4, tít. 20, Part. 3); ni el obtenido por el escomulgado (ley 38, tít. 18, Part. 3), ó sin poder de la parte que suena, en materias de justicia, aunque sí en las de gracia.

|| Dice últimamente Febrero que traen aparejada ejecucion los juros, situaciones y libranzas dadas por el rey ó por los ministros à quienes autoriza, contra los tesoreros y administradores de hacienda;

como tambien contra los arrendadores de las rentas públicas, si las aceptan y reconocen judicialmente, no en otra forma: pero el primer caso ha variado mucho con la nueva forma de gobierno, y aun antes no se percibe bien cómo y contra quién podia hacerse la ejecucion, ni ser esta materia de un juicio ejecutivo: habla tambien de los tributos públicos, cuya ecsaccion en nuestro concepto no debe ocupar lugar en la materia de que tratamos. ||

TITULO C.

Quién puede pedir ejecucion y ser ejecutado; en qué bienes puede ó no trabarse; y si el acreedor que intentó la via ordinaria podrá dejarla y pasar á la ejecutiva.

SECCION I.

Quién puede pedir ejecucion.

5745 En virtud de cualquiera de los documentos ejecutivos, de que se ha tratado en el título anterior, puede pedir ejecucion toda persona hábil para comparecer en juicio, aun cuando no esté nombrada en el instrumento, con tal que en este caso se trate de su interes, que le competa accion por el mismo, y que al tiempo de pedirla legitime su persona, pues no haciéndolo puede el juez repelerle de oficio, y no debe despachar la ejecucion.

5746 Asi puede pretenderla el sòcio por los créditos de la compañía, aunque no tenga poder ni cesion de sus consòcios (ley 2, título 32, Part. 3; y 6, tit. 10, Part. 5), porque estos pueden defenderse judicialmente sin él, dando la fianza de la ley 10, tit. 3, Part. 3; como tambien el marido por la dote que se le prometiò y no entregò, bien sea constante el matrimonio ò despues de disuelto, por cuanto la hace suya en virtud de la responsabilidad que contrajo á su restitucion (leyes 1 y 7, tit. 11, Part. 4); y asimismo puede pedirla por los bienes parafernales como conjunto y à nombre de su muger, mas no cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales, y asi no es responsable de su importe, y únicamente tiene su administracion, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse. (Véanse los números 270, 271 y 3680.)

5747 El heredero del acreedor, justificando serlo, por lo menos al tiempo de la oposicion, puede pedir ejecucion contra el deudor de este, y si hay dos ò mas herederos, cada uno por sola su parte, á no ser que tenga poder ó cesion de los demas co-herederos antes de presentarse en juicio ó que pendiente este, se le dén ratificando lo actuado; mas para ser admitido, debe ante todas cosas lejitimar su persona: (luego el juez podrá repelerle de oficio y no debe despachar la ejecucion, segun se ha dicho arriba, si el heredero la pide por lo que toca á los otros coherederos sin poder ó cesion de los mismos.)

5748 Puede tambien pedirla el comprador de la herencia contra los deudores de esta, y el testamentario universal, á quien el testador autorizò para distribuir sus bienes, porque se tiene en lugar de here-

dero y se le transfieren todas las acciones que áquel tenia (leyes 2 y 4, tít. 10, Part. 6); y el legatario y fideicomisario, sin ser necesaria la cesion del heredero, contra aquel en cuyo poder se encuentra la cosa que les fue legada.

5749 Si el difunto debia alguna cantidad á su heredero, de que consta por instrumento ejecutivo, puede hacerse pago por sí mismo: pero si no tiene tal instrumento, se ha de nombrar defensor á la herencia; poner la demanda; citar á los acreedores de la misma, y probarse el crédito (*nota del reformador*) que á lo mas podrà ser aplicable, al caso en que el heredero haya admitido la herencia á beneficio del inventario; (véanse los números 1465 y siguientes.)

5750 Puede tambien pedir ejecucion el fiador contra el deudor principal en lo que pagó por este, sea voluntariamente, ò apremiado despues de cumplido el plazo, y presentando la escritura de la obligacion principal con la cesion ó lasto del acreedor, aunque el deudor no haya otorgado escritura de indemnidad á favor del fiador. Pero si el acreedor no le cediere sus acciones, ni hubiese escritura de indemnidad, solo podrá intentar contra el deudor la accion de mandato que le compete por haber hecho el negocio del mismo (leyes 11, 16 y 21, tit. 12, Part. 5) para reintegrarse de su desembolso en via ordinaria: la razon de esta diferencia es, que en el caso propuesto no resulta obligacion ejecutiva del deudor à favor del fiador, y faltan la cesion é indemnidad que traen aparejada ejecucion; bien que lo mejor es que se las ceda el acreedor en el acto de la paga, con lo cual cesa toda disputa. (Véanse sobre esto los números 3525 y siguientes.)

5751 Puede igualmente pedirla el fiador contra sus compañeros de fianza por lo que pagó por estos, à prorata de la obligacion en que cada uno se constituyó; mas ha de presentar el lasto del acreedor, pues sin él no se da accion al fiador contra los co-fiadores, ni al mancomunado contra sus otros compañeros; y nada importa que el lasto se formalice con fé de entrega del dinero, ó confesando su anterior recibo y renunciando la escepcion del dinero no entregado; pues basta que en él confiese el acreedor haberle pagado el fiador por sí y por los demas co-fiadores, no mandando, como no manda, ninguna ley, que intervenga la fé de entrega, ni privàndose por falta de ella al fiador del beneficio de la cesion de acciones, puesto que en este caso la confesion y cesion del acreedor no pueden ser sospechosas.

5752 Para que los fiadores y mancomunados no esperimenten perjuicio, se halla dispuesto en derecho, que hasta que el acreedor les dé el lasto no pueda compelerlos al pago.

5753 Si el negocio toca principalmente en todo ó en parte al fiador ó mancomunado, no le compete accion contra los demas, porque hizo su negocio propio y no el de ellos.

5754 Si renuncian la escepcion de la cesion de acciones, puede el acreedor reconvenir á todos à prorata, ó por el todo á uno solo, y pagàndole éste, quedan libres los demas; pero si contrajeron la fianza ú obligacion por ciertas y determinadas cantidades, como si uno se obligó por veinte, otro por cuarenta &c., y alguno de ellos viene á estado de insolvencia, no están obligados los demas á pagar la parte de éste: lo contrario se dirá, cuando se contrajo simplemente, y se dividirá en-

tre ellos á proporcion la parte del fallido, porque es visto haberse obligado asi, y constituídose responsables de su insolvencia.

|| Sobre la doctrina de este número y de los anteriores nos remitimos al título de las fianzas, tomo 4, donde habemos disentido de Febrero en muchos puntos notables. ||

5755 La muger, disuelto ya el matrimonio, puede pedir ejecucion contra los herederos de su marido por la dote que este recibió y por las arras que le prometió; como tambien por la dote ofrecida y no entregada contra aquel que la ofreciò.

5756 Lo mismo procede en cuanto á su mitad de gananciales contra los deudores de su marido, sin ser necesaria la cesion de los herederos de éste, ni que se haga la division ni adjudicacion de los tales gananciales, porque su mitad le toca por derecho y la hace suya, aunque en el instrumento no suenen los créditos á su favor, sino al de su marido.

|| No creemos que pueda llegar este caso, porque la liquidacion de gananciales suele ir acompañada de la division ó adjudicacion. ||

5757 El procurador ó apoderado, sea que tenga poder especial para ejecutar, ó general para pleitos, puede á virtud de él pedir ejecucion (ley 7, tít. 14, Part. 5); mas no cobrar la deuda, á menos que en el mismo poder ó en otro conste esta facultad, y únicamente podrá pretender que se asegure hasta que el principal acuda á cobrarla (ley 9, tit. 9, Part. 7.)

5758 Tampoco puede pedir la ejecucion de cosa juzgada, si no tiene poder especial para ello, ó si el general carece de esta especialidad; por lo que en los poderes para pleitos conviene poner la cláusula, «de que defienda al principal hasta conseguir ejecutoria con ejecucion de ella, sin que para seguirla necesite nuevo y especial poder, pues se ha de tener por tal para ello y para todo lo demas que ocurra hasta la entera conclusion del negocio, y para cuanto intente en su utilidad.»

|| Pero si el poder general para pleitos basta para pedir la ejecucion, ¿por qué no ha de bastar tambien para pedir la de la cosa juzgada? ||

5759 La cesion de derechos y acciones puede ser de dos maneras; una *traslativa* y otra *estintiva* ó *abdicativa*.

La primera es aquella por la que el cedente se priva de su derecho, transfiriéndolo al sugeto en cuyo favor hace la cesion.

Por la segunda se estingue absolutamente el derecho de quien la hace sin pasar à otra persona, de suerte que es una privacion ó renuncia mas bien que cesion.

5760 Puede hacerse la cesion por comodidad del cedente ó del cesionario; la comodidad se ha de decidir por el peligro del crédito: la cesion se entiende hecha en comodidad de aquel á quien toca lo segundo, bien que á veces suele hacerse por utilidad del cedente y con riesgo del cesionario ò vice-versa.

5761 Esto supuesto, si la cesion se hizo por hacer alguna paga ó por otro motivo útil al cedente, podrá todavia este transigir despues su crédito, confesar su paga, remitirlo ó parecer en juicio, y ecsigirlo del deudor ejecutiva ú ordinariamente.

5762 Si la cesion se hizo por comodidad del cesionario, sin con-

servar derecho alguno el cedente, nada de lo dicho podrá este practicar, y si lo practicare, podrá repelérsele por la escepcion de cesion de acciones, que es legítima y admisible.

5763 Asi como el cedente, aun despues de hecha la cesion, puede pedir ejecucion por lo que todavia se le debe, puede tambien pedirla el cesionario por el importe de lo que se le ha cedido, sea à título de donacion ò de venta, aunque en este segundo caso no podrá pedir mas de lo que dió al cedente.

|| Esta doctrina ha sido tomada del derecho romano, en el que fué introducida por los emperadores Anastasio y Justiniano para cortar los torpes manejos, y usurario tráfico de las compras de créditos y pleitos. El abuso debia ser sin duda grande y escandaloso, pues que el comprador de la accion ò pleito no podia reclamar del deudor, mas de lo que realmente se habia dado al vendedor, aunque el contrato sonase en parte venta y en parte donacion: en este solo caso estaba prohibida la reunion de estos dos títulos ó conceptos. En realidad de verdad esto equivalía á la absoluta prohibicion de tales ventas, porque ¿quién desembolsa de presente con la seguridad de no haber de cobrar nunca mas, y con la contingencia de perderlo? Como nuestras leyes no hablan de tales compras y cesiones, sera preciso consultar sobre esta materia al derecho Romano y sus intérpretes. ||

5764 Cuando la cesion es por título oneroso, se ha de hacer al tiempo que el cesionario entrega el importe de la deuda, pues, mediando intervalo, de nada servirà, como que el acredor nada tiene que ceder, una vez que esté reintegrado: asi, cuando no parece el dinero al tiempo de la cesion, no ha de decirse que está hecho el pago, sino que se harà.

|| Mas que sencillez y equidad hay en esto rigorismo y sutileza. ||

5765 Tambien es de advertir que para pedir el cesionario ejecucion contra el deudor, si la cesion le fué hecha por escritura, debe presentar esta y el documento del crédito ó deuda al tiempo de pedir la ejecucion, y si es cesionario en virtud de endoso de algun vale ú otro papel simple, no solo ha de pedir y hacer que le reconozca el mismo deudor que le hizo, sino tambien que el endosante ó cedente confiese su endoso, pues sin este requisito no acredita ser dueño y verdadero cesionario, ni por consiguiente parte legítima para repetir, porque ha podido ocurrir que otro haya sustraido el vale ó papel, y endosádolo bajo nombre de otro.

5766 Hay variedad de opiniones sobre si es ó no preciso que el cesionario haga constar préviamente la justa causa con que se le hizo la cesion, y parece mas fundada la negativa; porque no es de la inspeccion del deudor que la causa de la cesion sea ó no justa, gratuita ú onerosa, el que la haya habido ó no para hacerla, sino el pagar cuando pasado el plazo, se le demande en virtud de ella, à lo que puede ser compelido por el mismo cedente ó su legítimo cesionario, y solamente podrá oponer que la cesion es reprobada por derecho (caso de serlo), que fué hecha á persona cabilosa ó mas poderosa por su empleo que el cedente, à causa de que en esto pudo haberse cometido dolo.

|| En cuanto à las letras de cambio, su endoso y efectos, véase el título 9, lib. 2, del Código de Comercio. ||

SECCION II

Quièn puede ser ejecutado.

5767 Puede ser ejecutado el heredero del que contrajo la obligacion, acreditàndose que lo es, no de otra suerte; y no basta probar que aquel à quien se trata de ejecutar, es hijo ó pariente del deudor del difunto; aunque si compareciese en juicio como heredero ó hiciese algun otro acto como tal, se tendrá esto por suficiente prueba.

5768 Pero si el heredero aceptó la herencia á beneficio de inventario, y acredita haberlo hecho en debida forma, se le ha de ejecutar únicamente hasta donde alcance aquella; si la aceptò sin esta calidad, podrà ser ejecutado en sus bienes propios, asi como en los hereditarios. (Leyes 10, 11 y 12, tit. 6; y 7, tit. 19, Part. 6: véanse los números 1465 y siguientes.)

5769 Si el heredero del deudor reconociese llanamente el vale hecho por este, puede despacharse ejecucion contra él; mas no debe ser compelido á hacer el reconocimiento, si no quiere, porque seria cosa inicua, segun hemos dicho en otro lugar, obligar al sucesor à que jure sobre lo que no ha visto escribir ni firmar, y sobre un hecho de que tal vez no tiene noticia: á mas de que el vale puede ser supuesto, atendidas la gran facilidad y destreza que hay en imitar y suplantar las letras. Por tanto, no reconociéndole el heredero en la forma espuesta, deberá el acreedor seguir la via ordinaria para reintegrarse de su crédito.

5770 Habiendo dos ó mas herederos del deudor, ha de ser ejecutado cada uno á prorata de su haber ó porcion hereditaria, y no mas; porque la obligacion de su causante se dividió proporcionalmente entre todos; de modo que, aunque éste hubiese obligado á todos, y alguno de ellos no tenga para pagar su parte, no debe ecsigirse de los coherederos, à menos que el acreedor proceda por accion hipotecaria, pues entonces como la obligacion sigue á la hipoteca, y es individua é inseparable de ella hasta su estincion, puede proceder *in solidum* contra el poseedor de la misma, bien sea heredero ó sucesor singular, quedándole el derecho de repetir contra los coherederos, con el lasto del acreedor lo que satisfaga por ellos.

5771 Lo pròpio ha de observarse en la enfiteusis y censo consignativo por los réditos vencidos, y asi es corriente en la práctica.

5772 Tambien puede ejecutarse al hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia paterna, materna ó abolenga à prorata que conste haberle tocado en ella, bien se sepa al tiempo de la particion ó despues cuáles son, y háyase hecho la mejora en cosa cierta ó incierta de los bienes del mejorante. (Ley 5, tit. 6, lib. 10, Novísima Recopilacion.) Lo dicho ha de practicarse en los tres casos siguientes:

1.º Cuando el hijo acepta la herencia, y se le adjudican ésta y la mejora.

2.º Cuando repudia la herencia y acepta la mejora, pues entonces se reputa heredero, y puede ser reconvenido á prorata, sin que preceda escusion en los verdaderos herederos. (Dicha ley 5.)

3.º Cuando se pide á un tiempo la ejecucion contra los herederos y el mejorado.

5773 El poseedor del mayorazgo puede ser ejecutado por la deuda à cuya seguridad están obligados sus bienes, bien provenga esta de la misma fundacion, bien se haya impuesto el censo ó gravámen sobre ellos con facultad Real, y aunque el poseedor no sea heredero del fundador.

5774 No solo pueden ser ejecutados los herederos instituidos espresamente, sino tambien los que bajo el mismo concepto poseen la herencia del deudor, y se llaman herederos *anómalos*: tales son,

1.º El fideicomisario universal.

2.º El legatario de todos los bienes.

3.º El fisco, cuando sucede en los bienes del que falleció sin dejar parientes.

|| Tambien corresponderàn à esta clase los que escluyen al fisco ó Estado segun la ley de 16 de mayo de 1835. ||

4.º Los testamentarios universales, á quienes autorizó el difunto para distribuir todos sus bienes en sufragios por su alma ó en otros fines, pues que estos hacen veces de herederos y estàn obligados à las deudas de aquel, cuya herencia poseen, como que es responsable á ellas.

5775 Puede procederse ejecutivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa, bien se haya adquirido pendiente ya el pleito sobre accion real ó personal; y aun cuando se haya enagenado á clérigo despues de empezado el litigio, puede el juez secular proceder contra aquel, y ejecutar la sentencia en ella hasta realizarse el pago, porque à cualquiera parte ó persona que pase, lleva consigo el gravàmen ò afeccion á que está sujeta.

5776 La muger casada puede ser ejecutada por la mitad de las deudas que, durante el matrimonio, contrajo á una con su marido, ó bien este solo, en cuanto alcance su mitad de gananciales; y si ambos se obligaron por el todo *in solidum*, se podrá pedir à ella toda la deuda hasta donde alcance dicha mitad, mas no si las renunció al tiempo ó antes de casarse, y aun despues de casada. (Leyes 14, tit. 20, lib. 3 del Fuero Real; y 9, tit. 4, lib. 10, Novís. Recop.)

5777 Pero se esceptúa del caso en que el marido se constituyò fiador por otro, y tuvo al fin que pagar por él, pues no quedando la muger obligada à la fianza, tampoco lo estará su mitad de gananciales.

5778 Habiéndose despachado ejecutoria contra la muger antes de casarse, puede continuarse la ejecucion durante el matrimonio, hasta en los bienes dotales, si carece de otros, pero con citacion de su marido, porque no pudo haber entregado á este en dote el importe de lo que debia, como que no era suyo.

5779 Igualmente debe ser ejecutada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos habidos en su primero ó anterior matrimonio, por estar aquellos hipotecados tácita ó legalmente al pago, como tambien los de su actual marido. (Leyes 23 y 26, tit. 13, Partida 5, y 5 al fin, tit. 16, Part. 6.)

5780 Del mismo modo puede procederse ejecutivamente contra el sócio obligado por las deudas de la sociedad, el cual podrà pagarlas de

los bienes de la misma, y luego con el lasto del acreedor sacar del fondo comun lo que satisfizo por sus compañeros; mas no si las contrajo en su privativa utilidad, porque de estas responde únicamente con sus bienes propios. (Ley 16, tit. 10, Part. 5.)

5781 El deudor del deudor principal puede ser ejecutado por el acreedor de éste, con tal que concurran tres circunstancias.

1.ª Que el deudor del deudor principal confiese su deuda, ó conste por otro medio que es tal deudor.

2.ª Que el deudor principal haya sido condenado al pago.

3.ª Que á consecuencia de todo preceda escusion en los bienes del deudor principal, y este no los tenga, ò no alcancen para el pago total de la deuda.

5782 La escusion *es un juicio, en que se averiguan ecsacta y diligentemente los bienes ó facultades del deudor principal, para que si resulta insolvente en todo ó en parte, pueda el acreedor repetir por lo que no le pague contra los fiadores ú obligados secundariamente*; y es necesaria en los casos siguientes:

1.º Cuando el deudor principal està presente, á menos que se haya renunciado este beneficio. (Ley 9, tit. 12, Part. 5: véanse los números 3496 y siguientes.)

2.º Cuando la finca hipotecada se halla poseida por un tercero, pues entonces no puede este, regularmente hablando, ser reconvenido sin que preceda escusion en los bienes del principal, aunque se obre por causa ó titulo de dote, ley 14, tit. 13, Part. 5, (de este caso particular se hablará luego con mas detencion.)

3.º Cuando el deudor enagenó la finca en fraude de sus acreedores.

4.º Cuando el padre enagenò los bienes maternos de sus hijos, hallándose estos bajo su potestad, pues tendrán que escutir los paternos antes de reconvenir al poseedor de los maternos enagenados. (Ley 24, tít. 13, Part. 5.)

5.º Cuando la muger renunció su derecho hipotecario en el contrato de enagenacion hecho por su marido; siendo de notarse que se pueden intentar y seguir en una misma demanda y juicio la accion hipotecaria y la escusion.

5783 Si el deudor verdadero y principal no puede ser fácilmente reconvenido por razon de su persona, lugar ó privilegio, y cuando el fiador se obligó con juramento á satisfacer la deuda, consintiendo en que se le reconvenga antes que al obligado principal, se puede dirigir la accion ejecutiva contra el mismo fiador sin hacer escusion en los bienes del deudor.

5784 Esto mismo puede practicarse, cuando el fiador es cambiante público, pues no goza del beneficio de la escusion por consideraciones de utilidad general, y por la confianza y buena fé tan necesarias en el desempeño de su oficio; como igualmente cuando el deudor tiene bienes, pero no puede hallarse comprador sino con dificultad y consiguiente perjuicio del acreedor; en cuyo caso se tiene al primero por insolvente, y no se halla obligado el segundo á esperar ni á recibir en pago los bienes por su tasacion.

5785 Y debe tenerse presente que la sentencia dada contra el

deudor principal, se puede ejecutar sin nueva citacion, juicio, ni proceso contra su fiador de pagar lo juzgado, no contra el de contrato ni el de comparecer en juicio, segun afirman los autores.

‖ Al tratar de los efectos de la sentencia, copiamos las palabras del señor conde de la Cañada, Part. 3, cap. 1, núm. 14, que parece estar por lo contrario. ‖

5786 Tampoco debe darse al olvido, que segun arriba indicamos, el fiador que paga como tal, puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al obligado principal, y à prorata à los compañeros de fianza, de tal suerte que hasta dársele el lasto no debe ser compelido al pago, aunque esté condenado á ello por ejecutoria.

‖ Esto dice Febrero; pero como nosotros disentimos tanto de él en punto á la cesion de acciones, y disiente tambien el señor conde de la Cañada, recordamos á nuestros lectores la seccion 9 del tit. 40, y mas particularmente los números 3529 y 3530. ‖

5787 Por las deudas del concejo se ha de hacer la ejecucion en sus propios, cuando aquellas se convirtieron en utilidad del mismo, y el ayuntamiento las contrajo en su nombre; mas no en el caso contrario, à saber, cuando los individuos de la corporacion se obligaron en su nombre propio, ó no se prueba haberse convertido las deudas en utilidad del público.

5788 Sin embargo, véase à Rodriguez, quien tratando de este punto, afirma con varios autores que, conviértanse ó no las cantidades recibidas á préstamo en utilidad del concejo, se ha de dirigir la accion contra sus propios, y no contra los bienes de los que le representan, porque no se obligan como personas privadas sino como individuos de él y en su nombre; y que si los vocales del ayuntamiento obligan los bienes del pueblo y de sus vecinos, y estos lo consienten, ó hay costumbre de que puedan obligarlos á falta de propios del pueblo, quedaràn obligados á prorata, y podrán ser ejecutados; segun se observa. (Véase el núm. 2816.)

5789 No ha lugar á la ejecucion contra el comprador de la herencia, sino cuando el acreedor no pueda cobrar su crédito del vendedor; ni contra el donatario, escepto que el donante no haya dejado ningun otro heredero, pues entonces se reputa donatario universal.

5790 Tampoco ha lugar á la ejecucion contra el usufructuario singular, pero sí contra el universal, y se ha de pedir contra los bienes y el heredero propietario, con el cual y con el usufructuario se ha de seguir y sustanciar, por tratarse del perjuicio de ambos: si bien Salgado dice, con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario sino contra el heredero, à quien pasan todas las acciones activas y pasivas del testador, como sucesor universal suyo en los derechos y cargas. (Si el usufructuario satisface la deuda para evitar que se vendan los bienes hereditarios, podrá, acabado el usufructo, retenerlos hasta que se le pague.) (*Nota del Reformador.*)

5791 Cuando el tutor se obliga bajo este concepto por las deudas de su menor, no puede despacharse ejecucion contra él ni contra sus bienes, á menos que no manifieste los de dicho menor; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como de ordinario se hace en semejantes contra-

tos, ha de procederse contra él en vía ordinaria, porque con su oferta escluye é impide el uso de la ejecutiva, hasta que conste el alcance líquido, escepto que se haya obligado en su propio nombre. (Ley 17, tit. 15, Part 6.)

5792 Si el menor no tuviere curador, debe dársele para seguir el pleito, nombrándosele él mismo en caso de haber llegado ya á la pubertad, ó bien el juez cuando el menor se resistiere á nombrarle, ò el nombrado no admitiere el cargo por escusa legítima que le asista.

5793 Pero acabada la tutela, no habrá lugar á la ejecucion contra los fiadores del tutor por las cosas que este de su espontánea voluntad administrò pertenecientes á su menor, porque es negocio y obligacion nueva, de que no se constituyeron responsables. Lo mismo procede respecto de los administradores, factores y procuradores; así no puede procederse contra ellos mas que durante su encargo, y no despues, porque al momento de cesar en él, espiró su obligacion, y continúa solamente la de sus principales.

5794 Regularmente hablando no tiene lugar la ejecucion contra el tercer poseedor de los bienes obligados; esto es, contra el que los hubo por título de venta, donacion ó otro singular, bien se pretenda aquella por cosa juzgada ú otro instrumento que la traiga aparejada y sea anterior al del tercero, bien se proceda por accion real ó personal, pues primero se ha de dirigir contra el principal y sus fiadores, haciéndose escusion en sus bienes, y luego ha de seguirse con el tercero en vía ordinaria, hasta que por ejecutoria se anule el título con que posee, revocándose la enagenacion hecha en él. (Leyes 1, 7, 14 y 38, tít. 13, Part. 5.)

5795 Se ha dicho *regularmente hablando*, porque hay tres casos en que se puede proceder ejecutivamente contra el tercer poseedor, citándole préviamente para todas las diligencias ejecutivas por tratarse de su interés, sin ser necesario hacer escusion en los bienes del principal ni aun citarle, aunque haya algo que liquidar, pues basta hacer la liquidacion con el mismo tercero:

1.° Cuando la cosa poseida por éste se halla hipotecada especialmente á la deuda.

‖ Véase el número 3618, y la ley 14, tit. 13, Part. 5 allí citada, que decide lo contrario: puede tambien verse la glosa 5 de Gregorio Lopez á la misma ley, en que á pesar de su claridad la obscurece y embrolla con diez y siete escepciones: lo cierto es que la ley requiere indistintamente la escusion en los bienes del deudor principal, para que pueda procederse contra el tercer poseedor de la hipoteca especial, y que las escepciones de Lopez y estas de Febrero, mas que utilidad producen confusion y desconcierto. ‖

2.° Cuando el título del tercer poseedor es evidentemente nulo, en cuyo caso y no en otro se admite la escepcion de nulidad, como notoria, para poder seguir la ejecucion

3.° Cuando el título proviene de contrato simulado, pues que es nulo *ipso jure*, pero no siendo fraudulento, porque en este segundo caso no es nulo sino que se ha de rescindir, ò bien suplir el justo precio por la cesion que hubo en él, y esto ha de hacerse en via ordinaria.

4.º Cuando el deudor se obliga á no enagenar la cosa, sino con el gravàmen del débito, hipotecándola tambien á la observancia de este pacto, y sin embargo la enagenó sin el dicho gravàmen (véase el número 3190); pues como la obligacion es nula, en virtud de la obligacion constituida se considera que permanece su dominio en el deudor: mas no si faltó el pacto, porque entonces debe proceder la escusion en los bienes del principal obligado, y despues seguirse via ordinaria contra el tercero. (Ley final, tit. 5, Part. 5.)

|| Esta ley solo dice que si el deudor se obligó á no enagenar la prenda, es decir, la hipoteca hasta haber pagado, y sin embargo la vendiò, *non valdria la vendida y podria ser desatada*; pero ¿cómo se concilia esta cuarta escepcion con la primera? Si basta que la cosa esté especialmente hipotecada para poder proceder ejecutivamente contra el tercer poseedor, ¿qué necesidad hay del pacto de no enagenarla, ni qué nuevos y mayores efectos produce éste? ||

5.º Cuando el deudor no ha entregado aun los bienes enagenados, pues antes de su entrega verdadera ó fingida, se puede trabar en ellos la ejecucion, porque hasta que se entregan al tercero, no se hace dueño ni verdadero poseedor (ley 14, tit. 13, Part. 5): esceptuànse las deudas y acciones, pues con solo el título y enagenacion se transfiere el dominio de ellas.

6.º Cuando el tercero tiene en mútuo, comodato ó depósito la cosa hipotecada, porque no es verdadero poseedor, como que posee en nombre del deudor y no en el suyo, y asi la sentencia condenatoria del deudor se ha de ejecutar con citacion de este en la cosa contra su nudo y material tenedor. Lo mismo procede en los simples arriendos; pues que ni el acreedor está obligado á pasar por ellos, ni la accion personal del arrendatario impide que el dueño pueda enagenar la cosa arrendada, aunque los frutos pendientes son del arrendatario. Pero si en la escritura de arrendamiento anterior à la obligacion hipotecaria se pactase que, durante aquel, no se ha de poder gravar ni enagenar la finca, y se la hipoteca à la observancia de este pacto, aunque tenga lugar la ejecucion en aquella y en sus rentas, no podrá ser despojado el arrendatario hasta que espire el arriendo.

7.º Cuando la muger contrajo la deuda antes de casarse; pues, como se ha dicho antes, podrá procederse por su importe contra sus bienes dotales y contra su marido que los posee en nombre de ella, subsidiariamente y á falta de parafernales, porque su matrimonio posterior no debe perjudicar à sus acreedores:

8.º Cuando el deudor enagenó la finca, habiendo sido ya ejecutada, porque en este caso la enagenacion es dolosa, y de consiguiente puede continuarse en ella la ejecucion.

9.º Cuando el tercero adquirió la cosa despues de emplazado el deudor sobre su dominio ò cuasi-dominio, ó por accion personal despues de la contestacion por haber sido tambien dolosa la enagenacion; lo cual se presume de haberse hecho á conjunta persona, ó de no haberse recibido el dinero, ó de no constar su paga sino por confesion del enagenante, ó de haber enagenado el deudor todos ò la mayor parte de sus bienes, pendiente el pleito, de suerte que no le quedó con qué pagar.

10. Cuando el acreedor tiene accion real, y el deudor hizo cesion de bienes, ó él ò estos se hallan fuera de aquella jurisdiccion; ó aunque se hallen dentro no puede ser reconvenido el deudor, ò es notorio que no puede pagar. En todos estos casos basta acreditar la escusion respecto del principal para repetir contra el tercero, aunque no haya dolo ni fraude; pero si únicamente compete accion personal contra él, es menester no solo hacer escusion en los bienes del principal, sino probar ademas que fue dolosa la enagenacion.

11. Cuando el deudor entregó al acreedor la prenda ó hipoteca, ó le dió su posesion real ó fingida, constituyéndose poseedor precario de ella en su nombre. (Ley 14, tit. 13. Part. 5.)

12. Cuando el acreedor dirija su accion contra la deuda de su deudor obligada para la seguridad del pago, pues no necesita hacer escusion en los demas bienes de su deudor para ejecutar al que lo es de éste.

13. Por deudas á favor de la hacienda pública, pues aunque el tercero no sea sucesor universal ó heredero del deudor de aquella, sino que posea por título particular de compra, donacion ú otro, los bienes de éste, puede la hacienda usar contra él como tal poseedor, de la via ejecutiva, á pesar de que el deudor los haya adquirido despues de celebrado el asiento ó contrato de arriendo con la hacienda, y que esten especial ò generalmente hipotecados; lo cual se prueba del cap. 11, ley 27, tit. 11, lib. 9 Recop., donde se lee: «El derecho de la via ejecutiva que se tiene contra los bienes que obligan, es mi voluntad que pase contra los terceros que sucedieren en los bienes obligados por compra, donacion ó herencia, ó por otro cualquier título;» pero segun Noguerol no se amplía esta disposicion á otros casos fuera del arriendo.

5796 Para que el acreedor pueda proceder ejecutivamente contra el tercer poseedor, es preciso que este derive su título del deudor contra quien competia principalmente á dicho acreedor el derecho de ejecutar.

5797 Se dirá que el tercer poseedor tiene ó deriva su título del deudor, no solo cuando hubo la cosa del mismo, sino tambien cuando la adquiere de otro ú otros que la hubieron de él; por lo que acreditándose que el deudor la poseia al tiempo de contraer la obligacion, se presume que el tercero tiene título ó causa de aquel, y puede procederse contra el segundo, aunque se hayan pasado muchos años y mediado diversos poseedores.

5798 Cuando ha lugar contra tercer poseedor, no puede éste oponer bajo dicho concepto otras escepciones, que las que competian al deudor principal, en cuyo lugar se subrogó; porque es constante en derecho, que el sucesor de uno, sea singular ó universal, no puede tener mas que aquel de quien tiene su título ó causa: sin embargo, el tercer poseedor podrá aucsiliarse de las escepciones que le correspondan por su propia persona ó por otra.

5799 Si el acreedor ignora que hay otro poseedor mas que el deudor, no necesita litigar con el tercero, especialmente siendo clérigo, y basta citar solamente al deudor.

SECCION III.

En qué bienes puede trabarse la ejecucion.

5800 Damos aqui por repetido en obsequio de la brevedad lo dicho sobre bienes muebles é inmuebles en los números 725 y siguientes, porque lo reputamos bastante para dar una idea clara y ecsacta de ellos, y aplicar segun su diversa especie las respectivas disposiciones de derecho en los casos que puedan ocurir; aunque Febrero es mas difuso y circunstanciado en este punto.

5801 En los mandamientos ejecutivos se pone la cláusula *hacedla conforme á derecho*; que es tanto como decir, que el alguacil no trabe la ejecucion en bienes que no deban ser ejecutados: pues aunque, regularmente hablando, se puede hacer ó trabar ejecucion en todas y en cualquiera de las tres clases de ellos, hay varias escepciones que luego espresaremos.

5802 Puede hacerse ó trabarse la ejecucion en la finca enfitéutica, dejando salva al señor del dominio directo su pension anual. Pero cuando se concedió ó constituyó la enfitéusis, no para el enfiteuta y sus herederos, sino para sus hijos y nietos como tales, no puede embargarse ni venderse el dominio útil para pagar á los acreedores del enfiteuta, porque este no es dueño absoluto de él, sino únicamente por su vida, y la venta perjudicaria à sus hijos y nietos favorecidos y llamados por el señor directo: aunque bien podrán secuestrarse los frutos para el insinuado pago, puesto que pertenecen al enfiteuta mientras viva.

5803 Puede tambien hacerse ejecucion en la finca afecta á servidumbre y venderse con esta, y en los frutos, rentas y beneficios que sobre ella corresponden al usufructuario. (Leyes 8, 20 y 21, tit. 31, Part. 3.)

5804 Igualmente puede hacerse por deuda procedente de contrato ó delito en los bienes castrenses y cuasi-castrenses del hijo que está bajo de la patria potestad, y en los adventicios cuando no toca al padre su usufructo; pero no si le toca, á menos que sea por deuda del mismo padre.

5805 Puede asimismo hacerse en los oficios públicos renunciables y vendibles, compeliendo al deudor á que manifieste sus títulos, y precedida licencia real, los renuncia à favor del comprador; en términos que, no queriendo hacer la renuncia, ha de darla el juez por hecha, pues que estos oficios se venden, ceden, enagenan, hipotecan, se dan en pago á los acreedores, y se aplican á los herederos del dueño en la particion de los bienes, como se vé diariamente.

5806 Pero si no son renunciables y se acaban con la muerte del que los tiene, no puede hacerse ejecucion en ellos, à menos que sea por la vida del mismo; pues entonces puede trabarse en los emolumentos y frutos que produzcan.

5807 Queda ya dicho en la seccion anterior que puede trabarse en los bienes dotales de la muger (à falta de otros) y en sus frutos por las deudas que contrajo antes de casarse, puesto que pasan al marido

con sus cargas, y estas deben siempre cubrirse con los bienes del verdadero deudor.

5808 Puede asimismo trabarse en los frutos dotales por la deuda que, durante el matrimonio, contrajo el marido, ó ella por su hecho propio, y con su licencia. (Véase el núm. 2767.)

SECCION IV.

Que cosas no pueden ser ejecutadas.

5809 No pueden ser ejecutadas las cosas sagradas y religiosas dedicadas al culto divino. (Leyes 3, tit 13, Part. 5, y 3, tit. 5, lib. 1, Nov. Recop.)

5810 En órden á las capillas y sepulturas pertenecientes al deudor, hay variedad de opiniones: unos niegan absolutamente que puedan ser ejecutadas, á menos de ser comprendidas en el total ó universalidad de bienes: otros hacen las distinciones siguientes: si al tiempo de la ereccion de la Iglesia reservó en sí el derecho de sepultura (y lo propio ha de decirse de la capilla), puede hacerse ejecucion en él, porque es mere temporal y profano, y cuando hizo la reserva no estaba consagrada la Iglesia. Si lo adquirió despues de la ereccion, puede tambien ser ejecutado, pues por razon de esta preeminencia es igualmente temporal y como tal puede venderse y transferirse, como cuando queda profano. Lo mismo afirman del derecho de patronato, especialmente si está aneeso á herencia ò mayorazgo, pues puede pasar al acreedor con el total de los bienes

|| Mas sencillo habria sido decir que unos lo niegan menos en el caso espresado, y otros lo afirman en todos los casos. ||

5811 Está esceptuado de la ejecucion el derecho de usufructuar, porque es personal y no puede trasmitirse á otro; lo mismo, y por la misma razon debe decirse cuando el deudor tiene el mero uso. (Ley 20 y 21, tit. 31, Part. 3.)

|| Véase la nota del núm. 913: acaba de decirse que puede trabarse ejecucion en los frutos y demas que corresponden al usufructuario en la finca; ¿y qué es el derecho de usufructuar, quitados los frutos? ||

5812 Tambien los màrmoles, columnas y otras cosas puestas en los edificios para su adorno (á menos que se haga igualmente en estos la ejecucion), porque son parte suya, y quitándolos se deformaria el aspecto público; y las servidumbres reales, á menos que se haga juntamente en las mismas fincas à que están afectas, y de las que no pueden separarse. (Ley 12, tit. 31, Part. 3.)

|| Febrero coloca en seguida entre las cosas ecsentas de ejecucion, á menos de procederse por deudas á favor de la hacienda pública, la casa morada, armas, caballos y mulas, que los caballeros é hijosdalgo tuvieren para su propio uso; pero creemos que en el sistema actual no puede subsistir esta ecsencion como privilegio personal ó de clase. ||

5813 Tampoco debe trabarse en las armas y caballo de cualquiera que sea, aunque se proceda por crédito del Estado ú otro privilegiado, y el deudor carezca de otros bienes (Ley 1, tit. 2, lib. 6, Novísima Recopilacion), ni en las yeguas de vientre, sus crias, y caballos

que tuviesen los criadores, pues no deben contarse en la valuacion y aprecio de sus haciendas para este efecto, (leyes 2 y 5, tit. 29, lib. 7 de la misma) ni en los libros de estudiantes y abogados, porque se equipáran à las armas.

5814 No deben ser ejecutados el estipendio, sueldo ó salario del oficial público, militar ó togado, sino á falta de otros bienes, ni el de los doctores que enseñan públicamente, ni el de los clérigos (ley 3, tit. 27, Part. 3); á fin de que no se distraigan del ministerio público, régio ó eclesiàstico por faltarles de qué mantenerse, ni tengan que mendigar en mengua y oprobio del estado, oficio ó empleo; y tambien por la reverencia debida á la Iglesia, al Rey y á la República, mayormente cuando de lo contrario serian de peor condicion que los menestrales.

5815 Por lo tanto, ha de dejárseles su còngrua sustentacion á arbitrio del juez segun su clase, estipendio y obligaciones precisas de familia: en esta corte se acostumbra embargarles la tercera parte del sueldo, escepto cuando es tan crecido que con la mitad puede mantenerse el deudor, ó que éste le ceda al acreedor. De las dos terceras partes, que se les deja para mantenerse, han de pagar alquiler de casa, criados y demas cosas parecidas, porque son parte de los alimentos; y la tercera es para los acreedores de otra clase, si no es que alcance para todos; lo cual se ejecutorió por el suprimido Consejo de Castilla en pleito sobre alquileres de casa contra un inquilino.

5816 En los instrumentos, con que los menestrales y artesanos ejercen sus respectivos oficios, no debe trabarse ejecucion, porque son precisos para adquirir el alimento diario, y se consideran privilegiados como las armas y los libros.

5817 No debe trabarse ejecucion en el vestido diario, cama y otras cosas indispensables para el uso cotidiano de cualquiera persona, porque no vienen comprendidas en la obligacion general del deudor, y por dictarlo asi la humanidad: deben pues dejàrsela, à menos que se proceda por débitos á favor de la Hacienda. Pero si el deudor tiene, por ejemplo, cuatro colchones y otras cosas duplicadas, y de consiguiente no le son precisas todas para su uso diario, pueden embargársele dos colchones, y asi de las demas, dejàndole las necesarias, aunque sea por deuda á favor del Estado; lo cual he visto practicar y practicado (dice Febrero) y despues se ha aprobado en juicio.

5818 No debe trabarse ejecucion en los bienes de mayorazgo, ú otros sujetos á restitucion, pero sí en sus rentas, como pertenecientes al deudor, dejándole lo necesario para su decente manutencion caso que esté aneja al mayorazgo alguna dignidad ó la tenga su poseedor, como se dirà con mas estension en el título siguiente: esceptúase el caso en que el gravámen haya sido impuesto por el mismo fundador ó por sus sucesores con Real licencia, pues entonces se pueden embargar y vender.

|| La ecsencion ò prerogativa atribuida en este número á la dignidad, nos parece muy decorosa; pero dudamos mucho que pueda sostenerse hoy dia. ||

5819 No debe hacerse ejecucion en el derecho que uno tiene á ser alimentado por otro, porque es personal, y de consiguiente irrenun-

ciable é intransmisible; pero bien puede el alimentario ceder y tráspasar por su vida, y no mas, la comodidad ó frutos que le corresponden, como tambien el hijo los alimentos que tiene devengados.

5820 Tampoco debe hacerse ejecucion en el pan ó trigo del pósito sino por las deudas del pueblo (ley 2, tit. 20, lib. 7, Novís. Recop.), ni en cuerpo muerto, el cual no debe ser detenido por deuda, ni el acreedor puede impedir que se le dé sepultura (leyes última, tit. 19, Part. 1; y 12 y 13, tit. 9, Part. 7); ni por deudas personales del poseedor en los bienes que se le mandan ó renuncian á su favor con la precisa condicion de haberlos de distribuir entre sus hijos, porque no son de aquel, sino de estos que los adquirieron del testador ó renunciante.

5821 Por las deudas del concejo no deben ser ejecutados los bienes de sus vecinos, ni las casas de ayuntamiento, pósitos ó alhòndigas, teatros ni demas lugares públicos, y solo se debe proceder contra los propios y demas bienes que tenga: careciendo de ellos, deben contribuir los vecinos del pueblo por repartimiento segun el caudal de cada uno (Leyes 2, tit. 2, lib. 7, y 9, tit. 31, lib. 11, Novísima Recopilacion.)

5822 Las naves estranjeras que traen á estos reinos mercaderías ó bastimentos, no deben ser ejecutadas por las deudas de sus dueños, á no ser que estos las consignen para su pago. (Ley 4, tit. 31, lib. 11, Novísima Recopilacion; véase artículo 596 del código de comercio: en òrden á los bueyes, mulas y aperos de los labradores y sus privilegios, véase el número 2723).

SECCION V.

Si el acreedor que intentó la via ordinaria podrá dejarla y pasar á la ejecutiva.

5823 Por falta de decision legal están discordes los autores sobre este punto. Algunos opinan por la afirmativa, con tal que el acreedor pague al reo los gastos y costas que hizo en la via ordinaria; pero Carleval (con cuyo dictámen se conforma Febrero) pone dos casos.

1.° Cuando el acreedor, pudiendo usar de la via ejecutiva, eligió la ordinaria, y despues deja esta para pedir por la primera: en cuyo caso resuelve, con mas de treinta autores que cita, que no puede hacerlo y que le obsta la escepcion de litispendencia, á menos que el deudor se conforme; lo uno, porque eligiendo la ordinaria cuando estaba en su mano intentar la ejecutiva, dió á entender que renunciaba á ésta: lo otro, porque carece de facultad para eludir el juicio que principió y se halla ya trabado con el deudor, sin que este lo consienta, pues por la contestacion pasó á cuasicontrato; y tambien porque lo que se principia solemnemente, se debe terminar con la misma solemnidad por la sentencia.

2.° Cuando el reo, temiendo ser demandado por el actor, previene á este en via ordinaria con el pedimento que llaman de *jactancia*, alegando competerle escepcion contra el instrumento ó sentencia que trae aparejada ejecucion, y pretendiendo que el juez lo declare asi.

5824 En este caso opina Carleval que la via ordinaría no impide la ejecutiva, y que por lo tanto puede seguirse esta sin que obste la escepcion de pleito pendiente, porque ningun derecho autoriza al deudor para defraudar al acreedor y quitarle el remedio ejecutivo que por virtud del instrumento ó sentencia le concede la ley, especialmente habiendo intervenido en el otorgamiento de aquel su voluntad y consentimiento.

5825 Amplia Carleval su opinion y doctrina aun al caso de haberse principiado la vía ordinaria ante un juez eclesiástico, esponiendo ser ilícito y usurario el contrato; ó ante un juez secular y la ejecutiva ante otro; y lo limita cuando la escepcion resulta manifiestamente del mismo instrumento, ó esté contenida en él, pues entonces habrá lugar à admitirla, y obstará para pedir la ejecucion; porque asi como la accion que compete en su virtud es cuarentigia, tambien lo es la escepcion que incluye; y como tiene igual fuerza, se debe seguir y concluir el juicio del reo, como preventivo, antes que el pretendido despues por el actor.

5826 Si el acreedor intenta primero la via ejecutiva, y luego pasa à la ordinaria, de cuyo caso no trata Carleval, podrá dejar la segunda, y volverse á la primera pagando al deudor las costas causadas en la ordinaria que nuevamente intentó; porque estas, aunque diversas, no son contrarias; la ejecutiva està introducida en su favor, y por el uso posterior de la ordinaria, no es visto haberla renunciado á menos que lo esprese asi; ademas, ningun perjuicio causa con esto al reo, pues que le pasa las costas ocasionadas por el cambio.

5827 Procede lo mismo cuando el deudor autorizò en el instrumento al acreedor para mudar los juicios, y cuando el segundo intentó la via ordinaria con la protesta de volver á la ejecutiva cuando bien le pareciese.

5828 Ademas, si el acreedor hubiese ejecutado al deudor ante un juez, puede à pesar de la litispendencia ejecutarle nuevamente ante otro, y abandonar la ejecucion comenzada sobre la misma cantidad; pues la via ejecutiva no puede causar instancia à causa de procederse sumariamente en ella, y de consiguiente no obstará dicha escepcion.

‖ Esto mismo dejó sentado Febrero al tratar en el juicio ordinario de la escepcion de litispendencia, y lo repite mas adelante en este mismo juicio ejecutivo; su reformador rebatió alli esta opinion, aunque comun en una nota fundadísima; aquí vuelve à poner la siguiente que en su fondo es la misma: «Parladorio es de contrario sentir, fundado en que lo dispuesto acerca de la litispendencia en los juicios ordinarios debe tener lugar en los ejecutivos, por haber la misma razon para ello; y Salgado le impugna porque se aparta de la opinion comun de los intérpretes sin apoyar la suya en ningun fundamento ni autoridad. Pero sin embargo, como Salgado y los intérpretes no se fundan en el derecho patrio sino en el Romano y en otros intérpretes, creo que deberá seguirse la sentencia de Parladorio, ya porque parece cosa injusta permitir al acreedor que moleste y veje á su deudor en muchos tribunales, y ya porque las leyes del reino procuran por muchos medios prevenir, cortar y abreviar los pleitos. A vista de estas razones se

reputarà de poco ò ningun momento la de que la vía ejecutiva no puede causar instancia por procederse en ella sumariamente.

5829 Teniendo accion el acreedor contra varios co-reos, fiadores ó mancomunados, no podrá, contestado ya y pendiente el pleito con uno de ellos dejarle ó intentarle contra alguno de los otros; y asi, primero debe hacer escusion en los bienes de aquel, que dirigir su accion contra los demas.

TITULO CI.

Cómo se ha de pedir, despachar y trabar la ejecucion: con qué órden y en qué dias podrá hacerse; qué personas pueden ó no ser presas por deuda, y deben afianzar de saneamiento: cuáles gozan del beneficio de competencia, por cuánto tiempo se han de dar los pregones á los bienes ejecutados, y cuándo y cómo se ha citar de remate al reo ejecutado.

SECCION I.

Cómo se ha de pedir, despachar y trabar la ejecucion.

5830 Para que se pueda proceder ejecutivamente, han de concurrir seis circunstancias, que no debe el juez perder de vista:

1.º Que el ejecutante sea persona legítima para pedir la ejecucion, y no tenga prohibicion de comparecer en juicio, lo cual ha de hacer constar como requisito esencial al mismo tiempo que la pide, sea que lo haga por sí propio, ó en nombre de otro; y que si es cesionario á virtud de escritura, la presente, ó si por endoso de algun vale, letra ó libranza, reconozca su firma el endosante ó cedente, pues si no la reconoce primero, ó no la confiesa el deudor, se anularà la ejecucion, oponiéndose por este la escepcion de ilegitimidad de persona, por no acreditar que sea cierta la cesion y hecha por quien podia hacerla, como mas de una vez se ha declarado.

2.º Que si el acreedor se obligò à hacer antes por si alguna cosa la haga; pues conteniéndose cosa tal en el instrumento, no ha de despacharse la ejecucion hasta que el acreedor la cumpla, porque siempre debe preceder el cumplimiento por parte del actor.

3.º Que si se pide en virtud de confesion, sea esta clara y de cantidad líquida, porque habiendo la mas leve duda acerca de esta, no debe despacharse; y que si se pide á virtud de instrumento público, la traiga aparejada, y no sea falso, ni esté roto, cancelado, ni sospechoso en parte sustancial, ni se haya prescrito el tiempo señalado por la ley 63 de Toro (5, tít. 8, lib, 11, Nov. Recop.) para pedir ejecutivamente, ni contenga vicio ò defecto esencial; por ejemplo, ser traslado, sacado sin citacion por escribano ante quien no se otorgó, y no la copia original, ó no hallarse esta suscrita, como debe estarlo, por el que la hizo, sino dada por concuerda con el protocolo &c. en cuyos casos hasta que se purifique y subsane el vicio ó defecto, no debe despacharse la ejecucion y si se despacha es nula.

4.º Que si el instrumento contiene plazo ó condicion, se hayan cumplido; pues si antes de cumplirse pide el acreedor la ejecucion, á mas de que no ha de ser oido, debe el juez condenarle en costas y prorogar ò dar al deudor otro tanto tiempo mas que el que faltaba, pues lo mismo es no poder ser todavia demandado que no ser deudor. (Leyes 25, tit. 2, Part. 3; y 1, tit. 28, lib. 11, Novís. Recop.) De consiguiente, debe el juez reconocer las escrituras para cerciorarse por sí mismo si son ó no ejecutivas, sin fiarse de escribanos poco inteligentes; pues si por haber despachado indebidamente la ejecucion, cualquiera que fuese el motivo, se diere por nula, ha de satisfacer y restituir en pena los derechos que llevare, con el cuatro tanto y las costas à las partes (leyes 12, tit. 4; 24 y 25, tit. 22, Part. 3; 8, tit. 28, y 11, título 30, lib. 11, Novís. Recop.); no pudiendo condenar en las dichas costas al ejecutante, como lo hacen algunos, imputándole la culpa que ellos tienen por no esaminar debidamente las escrituras, ó por no saber su oficio.

5831 Por lo tanto, lo que el juez debe hacer es, *declarar no haber lugar á despachar la ejecucion, y mandar que el actor pida conforme á derecho*; ó bien comunicar traslado liso y llano al reo ó deudor, ò mandarle pagar dentro de tercero dia con el aditamento, de *que si tuviere razon para no pagar, la deduzca dentro del propio término*, sin imponerle apercibimiento alguno, con lo cual se seguirá el pleito ordinariamente, que es lo que en dichos casos debe hacerse.

5.º Que el juez, antes de entregar el mandamiento al acreedor, lo reciba juramento de cuanto es lo que verdaderamente se le está debiendo, y de que no pide la ejecucion con malicia, segun se manda en la ley 6, tit. 28, lib. 11, Novis. Recop.; ó que el mismo acreedor lo jure en el pedimento, que es lo que se practica, y surte el propio efecto; á menos que el que pide sea heredero del acreedor, pues nadie está obligado à jurar sobre hecho ageno, y de que tal vez no tiene noticia: mas por omitirse el juramento no se vicia la ejecucion, pues la ley no lo ecsije por forma, sino por solemnidad, como dicen algunos autores, aunque otros sienten lo contrario.

6.º Que para incurrir en la pena de otro tanto del importe del esceso ó demasía que impone la dicha ley Recopilada al acreedor, por pedir mas que lo que legítimamente se le debe, ponga en el pedimento esta cláusula; *y protesto admitir en cuenta legítimas y justas pagas*; pues muchos acreedores, sin embargo de haber percibido algo à cuenta de sus créditos, piden el todo con malicia ó por olvido, á causa de no haber sentado lo que percibieron.

5832 Si el acreedor sabe con certeza qué cantidad cobrò, no queda libre de la calumnia ó pena con protestar recibir en cuenta legítimos pagos, aunque no podrá imputàrsele, si no sabe á punto fijo cuànto fué lo cobrado. (Sobre cómo han de proceder los jueces á virtud de sumision á su jurisdiccion de las personas que se hallan ó no dentro de ella. Véase la ley 7, tit. 29, lib. 11, Novis. Recop.) (*Nota del reformador del Febrero.*)

5833 Algunos jueces inferiores por cierto espíritu de indulgencia, á fin de que el deudor tenga mas tiempo para buscar dinero y pagar, y no se le cause estorsion, suelen, aun concurriendo las circunstan-

cias espresadas, mandar: «Que se le notifique pague dentro de tercero dia con apercibimiento de ejecucion,» y otros le dan *traslado sin perjuicio*, con término breve y perentorio que le señalan para responder á él; con lo cual no se priva al acreedor de su derecho de ejecutar; pero lo cierto y seguro es, que siguiendo como tiene obligacion de hacerlo, la rigorosa disposicion de la ley, deben despachar mandamiento ejecutivo por escrito contra sus bienes, especialmente contra los que estén así obligados, por la cantidad pretendida, su décima y coste, y sin pedir fianza al acreedor ni citar al deudor.

5834 Esceptúase el caso en que el deudor sea heredero del que contrajo la deuda pedida por el acreedor, pues entonces debe ser citado el primero, como que el segundo no podia principiar la ejecucion contra él, sin hacer antes constar que es tal heredero; y si este hizo inventario con los requisitos legales, y no ocultó bienes de la herencia, cumple con entregarlos sin estar obligado á mas, por lo que no puede procederse contra su persona. (Ley 12, tit. 28, lib. 11, Novísima Recopilacion.)

5835 El mandamiento de ejecucion se ha de entregar al mismo acreedor, y no al alguacil pena de nulidad de ella, segun la ley 10 del mismo título 28; pero la práctica es entregarle al escribano y alguacil de consentimiento verbal suyo, y no se anula la ejecucion; pues con su consentimiento cesa la razon de la prohibicion de la ley.

SECCION II.

Con qué órden y en qué dias podrá hacerse la ejecucion.

5836 Tres requisitos deben concurrir para que no se anule la ejecucion por defecto ó vicio en las diligencias.

1.º Que no se haga en dias festivos, porque está prohibido hacerla en ellos, á menos que el deudor sea sospechoso de fuga, pues que entonces lo dispensa la necesidad. Tampoco puede hacerse en los dias feriados, escepto que el deudor haya renunciado en el contrato el beneficio que acerca de esto le concede el derecho, como antiguamente se hacía en las escrituras: si bien muchos afirman que en los juicios sumarios no se entienden escluidos los dias feriados, y que por consiguiente puede hacerse en ellos la ejecucion: mas esto solo se practica precediendo habilitacion de unos y otros dias con causa, y sin este prévio requisito no debe hacerlo el escribano.

2.º Que pudiendo ser habido el deudor, se le requiera con el mandamiento ejecutivo para que pague la cantidad porque se despachó, y no pagàndola, señale bienes en que trabar la ejecucion, y se trabe en algunos, determinados y suficientes à cubrir la deuda, su décima y costas, y no general é indistintamente en todos los del deudor sin especificar cuáles son.

3.º Que la traba se haga precisamente en bienes muebles, en los cuales segun la ley 10, tit 33, Part. 7, se comprenden los semovientes, aunque la ley Recopilada no hace mencion de estos. No habiendo bienes muebles, debe trabarse la ejecucion en los raices, y á falta de

todos, en los créditos y derechos del deudor, no habiéndose pactado lo contrario en el contrato. Este órden se requiere por forma segun la citada ley Recopilada 6, tit. 28, lib. 11, cuyas palabras son: "Porque por no estar declarado por leyes de estos reinos la forma que se ha de tener en las ejecuciones...» Sigue especificando el órden referido, y mas abajo dice: «Y por esta forma se haga la ejecucion; &c.» de modo que, si se invierte dicho òrden, como es sustancial, se vicia el acto y puede apelar el ejecutado, bien que, no apelando, queda firme, y no se anula.

5837 Tampoco es nula, cuando se traba indistintamente en dinero perteneciente al deudor, y depositado ó ecsistente en poder de otro ó en réditos ó pensiones anuales. Pero cuando el fisco ejecuta, no se observa el órden espuesto, y debe advertirse que en opinion de algunos, este órden no es sustancial sino respectivo à la solemnidad del juicio, y por lo mismo, aunque se invierta, no se vicia el acto, porque debe atenderse á la verdad del hecho.

5838 Lo espuesto acerca del òrden legal de hacer la traba tiene lugar, cuando la accion es meramente personal ó general hipotecaria, pues siendo únicamente hipotecaria especial, aunque el acreedor pida la ejecucion contra todos y cualesquiera bienes de su deudor y se despache asi, debe trabarse en los especialmente hipotecados; ya porque se presume son suficientes para el pago de la deuda; y ya porque por el hecho de haberse contentado con ellos el acreedor para su seguridad, es visto haber querido que se trabase en ellos; y ya porque de lo contrario se puede causar perjuicio (que por equidad se debe evitar) à otro acreedor de inferior grado á quien no esten especialmente obligados, ò al tercero que los posea, á mas de que debe observarse el órden prescrito en la misma obligacion. (Véanse los números 2742 y 2743.)

5839 Si despues se vé que no son suficientes, se puede ampliar la ejecucion y embargo à otros bienes á instancia del acreedor; pero si la ejecutiva contiene tambien la obligacion general, y la ejecucion se despacha contra el mismo que la otorgò, se deberá trabar en sus bienes muebles y demas con arreglo á la ley, é igualmente en los hipotecados con especialidad para la seguridad.

5840 Lo mismo procede, cuando la ejecucion se despacha en virtud de sentencia, pues dede trabarse en las cosas espresadas en ella y no en otras (leyes 47, tít. 28; y 3 al fin, tit. 27, Part. 3); bien que en uno y otro caso, despachándose contra todos, y en particular contra los hipotecados especialmente, no se anulará aunque se trabe en todos, porque lo que abunda no daña, y la ley real no habla de estos casos, ni por consiguiente prohibe que se practique lo dicho.

5841 Puede hacerse la traba de ejecucion en muchas cosas del deudor nombràndolas una por una en la diligencia y esto es lo seguro; ó en una sola á nombre de las demas que conste pertenecerle al tiempo del remate, segun se practica en esta córte y en otras partes, lo que en verdad no está prohibido por ley, si bien es peligroso por lo que luego diremos; y aunque lo regular es que el deudor (caso de estar presente) nombre y señale los bienes en que ha de hacerse, y que, si no quiere señalarlos, se le compela á ello y se le prenda pu-

diendo ser preso por deuda civil; con todo, sino se deja ver, tiene facultad el alguacil ò ejecutor de trabarla en cualesquiera que halle en su casa, porque se presumen del deudor, mientras su dueño no haga constar ante el juez que no lo son; en cuya atencion y en la de que la ley no habla de este caso, ni de consiguiente hay prohibicion, no se debe anular la ejecucion, porque no los haya manifestado el deudor.

5842 En este último caso, y en el de que el deudor nombre los bienes segun le está permitido y no en otros, se debe hacer la traba *por cuenta y riesgo del mismo*, espresándolo asi en la diligencia, para que si tocan á otro y lo ignora el ejecutor, no se le culpe por su ignorancia, segun lo observan los cautos: haciéndolo asi el ejecutor, no deberá ser condenado en las costas, cuando por este vicio se declare nula la ejecucion; pero si el deudor le señala los bienes, se omitirá dicha espresion para no causarle mayor gravámen.

5843 El alguacil ó ejecutor puede entrar en casa del deudor y hacer la traba y embargo, cuando se oculta ó no parece, con tal que le abran la puerta espontáneamente; pero no puede allanarla violentamente sin espresa órden del juez, y asi se practica en esta córte. (Hoy tenemos la espresa prohibicion del art. 7 de la Constitucion.) Y aunque el ejecutado le manifieste recibo simple de haber pagado al ejecutante el todo ó parte de la deuda, no debe admitírselo, ni dejar por esto de hacer el embargo y demas diligencias, porque carece de facultad para ello.

5844 Cuando el ejecutado forma concurso de acreedores, y por incluir como suyos en el memorial algunos bienes agenos que tiene en su poder por via de depósito ú otra causa parecida, se embargan, ó bien se trabó en ellos la ejecucion, debe el dueño de ellos acreditarlo ante el mismo juez del concurso, y como uno de los acreedores seguir su derecho sobre la preferencia por razon de dominio en los embargados por haberse creido propios del concursante, ó por haberlos puesto éste en el memorial y dimitido en manos del juez.

5845 Despachàndose la ejecucion contra el fiador, puede éste señalar para la traba todos los bienes que el deudor principal tenga dentro ó fuera de su casa; si aconteciere que los señalados pertenecen á otro, deberá el juez oir breve y sumariamente à su dueño, à quien los mandarà entregar, precedida justificacion de su pertenencia, y se harà nueva ejecucion en otros del deudor (ley 3, tit. 27, Part. 3); pero el alguacil no debe dejar de embargarlos, aunque el mismo deudor y el que se llama dueño digan ser de éste, porque como mero ejecutor carece de facultad para declarar á quién tocan y para entregarlos: asi deberá inventariarlos específica y separadamente, poniendo en la diligencia lo que ocurra y haya dicho el dueño ó el ejecutado.

5846 La traba de ejecucion es propiamente un embargo que se hace de los bienes del deudor para asegurar la deuda, por no haber pagado al tiempo que se le requirió con el mandamiento ejecutivo, como debe requerírsele pudiendo ser habido.

5847 Se ha enunciado antes que en esta misma corte y en otras partes suele hacerse la traba en una sola cosa à nombre de las demas

que resulte pertenecer al deudor al tiempo del remate; pero este es un abuso ò corruptela que debe abolirse, porque se da lugar á que el deudor oculte sus bienes, mientras se sustancia el juicio, y à que no pueda darse la sentencia de remate, ò bien sea ilusoria por no haber que rematar, pues que entonces no hay todavía bienes secuestrados, ni de consiguiente sobre que recaer el remate que se manda hacer por ella.

5848 Sin embargo, cuando se hace la traba en alguna ó algunas cosas, se puede mejorar ó ampliar en cualquier estado de la causa á instancia del acreedor, segun se ha espuesto; bien sea porque no le parezcan suficientes, ó porque presuma que las embargadas tocan á tercero; á cuyo fin en la diligencia de traba se debe poner por via de precaucion la protesta de «mejorar la ejecucion ó ampliarla en cualquier estado del pleito, siempre que convenga y lo pida el acreedor,» pues asi lo practican los inteligentes.

5849 Si la ejecucion se dirige contra un tercer poseedor, que no es heredero ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria, (como el del mayorazgo afecto á un censo impuesto por otro de diversa línea) se ha de trabar en la finca gravada, y no en los bienes libres propios del tercero, ni en los de otro mayorazgo que posea y no esten obligados, ni en sus rentas; y no haciéndose de esta forma, será nula la ejecucion por el vicio con que se trabó, de suerte que, opuesto este, volverá aquella al estado primitivo que tenia antes de trabarse. Pero si se trabare á un mismo tiempo en los bienes libres ó no obligados y en la misma hipoteca, no se anularà, porque lo útil no se vicia por lo inútil; y asi quedará secuestrada la hipoteca, y los demas bienes se desembargarán tan pronto como se pida; lo cual se ha ejecutoriado.

5850 Pero de cualquier modo que se haga la traba, todos los bienes comprendidos en ella han de ser inventariados con especificacion, claridad é individualidad, y depositados á presencia de tres testigos en persona lega, llana y abonada del pueblo, sin que el alguacil pueda tenerlos en su poder, ni dejarlos en el del deudor, porque lo prohibe la ley 1, tit. 30, lib. 11, Novís. Recop.

5851 El alguacil puede apremiar à toda persona en que concurran las dichas calidades, à que reciba en depòsito los bienes embargados, entregándoselos sin perjuicio de su derecho, caso que por custodiárselos se le cause alguno; porque el ser depositario judicial es carga comun que todos deben sufrir por el beneficio público, pues de lo contrario se quedarian los acreedores sin poder cobrar sus créditos, y los deudores consumirian los bienes embargados.

5852 Si estos son raices, ò juros, censos, ú otros efectos redituables, no hay para que hacer depòsito formal, á no ser de los frutos que tengan pendientes, ó réditos que devenguen; y lo que se debe practicar es: «Requerir á los arrendatarios y demas que deben acudir con sus rentas al deudor, las retengan à ley de depósito y á disposicion del juez que conoce de la causa, ú otro competente, y no las entreguen á persona alguna sin su mandato, bajo la pena de volverlas à pagar no lo cumpliendo.» Los requeridos han de firmar (si saben) este requirimiento, y acreditar con recibos lo que pagan y estan debiendo, y el escribano ha de espresarlo en la diligencia; de modo que viene á trabarse la ejecucion en la finca, y à mejorarse en sus alquileres, réditos

y pensiones: tanto á los dichos arrendatarios y demas, como al depositario de los muebles, debe darse testimonio espresivo é individual del embargo, sin necesidad de auto judicial, para que les sirva de resguardo, caso que lo pidieren.

5853 Si el alguacil no halla depositario de las calidades referidas, puede (puesto que ninguna ley lo prohibe) entregar al acreedor los bienes embargados, no como tal acreedor, sino en calidad de depósito y otorgándole à disposicion del juez: si no toma este partido, hará que el mismo acreedor busque de su cuenta y riesgo quien lo sea; lo cual ha de espresar el escribano en la diligencia, haciendo que la firme para que sepa que le nombró, y portándose en esto de modo que ni él ni el alguacil queden en descubierto, pues ambos á dos pueden quedarlo en estas y otras diligencias.

5854 Manifestando la muger del deudor carta legítima de su dote, que iguala ó escede al crédito del ejecutante, como que goza de preferencia (véanse núms. 3774 y siguientes) se la ha de nombrar depositaria de los bienes ejecutados con obligacion de responder de ellos y tenerlos á disposicion del juez de la causa, no haciéndole la estorsion de su poder, puesto que en juicio contradictorio ha de ser pagada de ellos antes que el ejecutante: lo cual se entiende, aunque no esté amparada, segun es pràctica de esta còrte, porque el amparo no dá vigor alguno ni apelacion, y solo sirve para que los ejecutores no toquen á los bienes conocidos de la muger, que consten en el instrumento dotal y ecsistan.

5855 Pero no siendo legítima la dote, y aunque lo sea, si la muger està obligada con el marido en el contrato ejecutivo, ó si el crédito resultante de este debe ser preferido al dotal, no se la ha de constituir depositaria de ellos; ni tampoco cuando manifiesta otro instrumento, por ejemplo, una hipoteca ó adjudicacion en que constan los bienes que adquirió despues de casada, porque estos no son privilegiados como los dotales, y tal vez el acreedor será preferido á ella por su crédito.

‖ ¿Y cómo un simple alguacil ha de decidir sobre puntos de derecho contenidos en este número? ‖

5856 Hecha ya la traba, ha de notificarse el estado de la ejecucion al deudor (pudiendo ser habido) esté ó no preso, y haya dado ó no la fianza de saneamiento, sin que para esto sea necesario al acreedor dar pedimento; porque el precepto de hacérsela sin necesidad de nueva providencia está virtualmente contenido en aquellas palabras del mandamiento ejecutivo: *hacedla conforme á derecho*; y ademas de no prohibirlo la ley, es diligencia subsidiaria, consiguiente á la traba y útil al acreedor, porque le escusa los gastos de un nuevo pedimento y mayor dilacion: aunque lo mejor es que se ordene en el mismo mandamiento para evitar dudas, como se hace en las requisitorias de ejecucion que son para lo mismo.

5857 Si no parece el deudor, se debe hacer saber á su muger, hijos, criados, ó vecinos mas cercanos (leyes 14 y 17, tit. 30, lib. 11, Novís. Recop.), para lo cual, precedidas tres diligencias en busca suya como en el juicio ordinario para la citacion, ha de acudir el ejecutante al juez, haciéndoselo presente y pretendiendo se le deje memoria

por escrito con espresion de los efectos de la notificacion, á lo que debe deferirse; y el escribano se la ha de dejar, espresando en la diligencia que estienda el nombre y apellido que dijo tener la persona á quien la entregó, quién era, y á qué hora se la dió, para que desde esta le pare el perjuicio á que haya lugar.

|| Hoy dia deberá practicarse en este caso lo dispuesto en el artículo 3 de la ley de 4 de junio de 1837: véase tomo 5.º, pág. 92. ||

5858 No pagando el deudor la cantidad porque se le ejecuta dentro de las setenta y dos horas siguientes à la en que se le notificò el estado de la ejecucion, ò dentro de tres dias naturales, incurre en la pena de haber de satisfacer la décima parte mas (ley 30 del título y libro citados, donde haya costumbre de ecsigirla, y no de otra suerte.

|| Nosotros tenemos por injusta y altamente dura la tal costumbre; y deseamos y esperamos su pronta abolicion. ||

5859 Si el deudor mostrase contenta del ejecutante dentro de veinte y cuatro horas, ó depositare llanamente dentro de ellas en persona lega, llana y abonada ante un alcalde, y por su ausencia ante un regidor y no ante otra persona, haciéndose saber á su costa el depòsito al ejecutante dentro de tercero dia, queda libre de pagar décima y otro derecho de ejecucion, á no ser que haya obligacion de hacer la paga en algun lugar determinado. (Leyes 15 y 16, tit. 30, lib. 11, Novís. Recop.)

5860 Mas por mostrar el deudor á los ejecutores la contenta ó recibo de haber pagado, no han de suspender estos la traba ni demas diligencias, pues no les incumbe conocer si es ó no legítimo el recibo; por lo que ha de producirle el deudor á su tiempo en juicio, y si constare ser legítimo y que el acreedor pidió indebida y maliciosamente, le condenará el juez en las costas y décima.

5861 La paga del débito para no incurrir en la pena de la décima ha de ser real, efectiva, lisa y llana; pues aunque el deudor consigne y deposite su importe dentro del término referido, si al mismo tiempo contradice su entrega, alegando que tiene que escepcionar y probar, no se ecsime de su satisfaccion, á menos de probar escepcion que impida la ejecucion; porque la consignacion con esta calidad no es la paga que la ley requiere y el acreedor solicita, sino seguridad de ella. Tendrásele pues por opuesto por este mismo hecho, y se encargarán á ambos litigantes los diez dias de la ley, sin que haya necesidad de citarle de remate, como se ha ejecutoriado mas de una vez; puesto que la consignacion cualificada deja al deudor y al crédito en el mismo estado que tenian antes de hacerse, y á los autos en su fuerza y vigor para su prosecucion, hasta que se terminen por la sentencia.

5862 Pero sucede lo contrario, cuando la consignacion se hace lisa y llanamente, en cuyo caso se hace saber al acreedor, y este en su vista pide que se le entregue bajo recibo el dinero consignado, y con el reintegro de su crédito se acaban la via ejecutiva y el motivo de continuarla. Lo mismo sucede, cuando al tiempo de requerir el alguacil al deudor con el mandamiento de ejecucion le paga este la cantidad porque se despachò, y el acreedor contradice su entrega, pues no se han de suspender las diligencias, sino que se continuarán del mismo modo que si no la entregara.

5863 Para que el menor de veinte y cinco años no alegue ignorancia, está obligado el escribano à hacerle saber la referida pena al tiempo que le notifica el estado, apercibiéndole con ella y con las costas si no paga la deuda en el término mencionado. También está obligado á espresar en la notificacion, la hora en que se la hace, y no practicándolo asi, debe pagar al acreedor el daño que de ello se le ocasione, siendo ademas nula la ejecucion (ley 14, tit. 30, lib. 11, Novísima Recopilacion); pero si en el pueblo no hay costumbre de ecsigir décima, no ha de mencionarla en la notificacion.

SECCION III.

Sobre los pregones, y por cuánto tiempo han de darse á los bienes ejecutados.

5864 En el mismo acto de notificarse al deudor el estado de ejecucion, ha de preguntarle el escribano: «si dá ó no por dados los pregones de la ley y quiere gozar de su término, ó que se dén, ó si los renuncia tambien con su término;» y ha de poner la respuesta que dé el deudor.

5865 Si responde que renuncia los pregones y su término, hará que firme la diligencia; y si no quiere, ó no sabe escribir, le dirá que haga la renuncia por pedimento ante el juez, con lo cual quedará á cubierto el escribano y no podrá alegar el ejecutado que es supuesta la renuncia del término; pero en cuanto á lo de los pregones solamente, protestando gozar del término, bien puede admitírsela el escribano, aunque no firme, porque de ello no se sigue perjuicio al deudor, sino beneficio en evitar los gastos de darlos, si paga dentro del tiempo en que deberian darse. (Hoy tenemos por inútil este artículo, pues deberà practicarse lo prevenido en la citada ley de 4 de junio de 1837.) Los menores y demas que gozan el concepto y privilegios de tales, no pueden renunciar los pregones por estarles prohibido renunciar los beneficios que les concede el derecho (ley 5, tít. 19, Partida 6); y su omision causaria nulidad.

|| Acaba de decir Febrero, que la renuncia de los pregones con protesta de gozar de su término es un beneficio para los mayores de edad, y lo es realmente: ¿por qué no habia de decirse lo mismo respecto de los menores? ||

5866 Segun la ley han de venderse los bienes ejecutados en pública subasta ó almoneda, precediendo tres pregones que, en el caso de no haber sido renunciados por el deudor, han de darse luego que se hace la traba y notifica el estado de la ejecucion.

5867 Siendo raices los bienes ejecutados ha de darse uno en cada nueve dias; y siendo muebles, uno en cada tres: (ley 12, tit. 28, lib. 11, Novísima Recopilacion) pero vienen á ser treinta en el primer caso y doce en el segundo, por haber introducido la pràctica, que no se cuenten para dichos términos los dias en que se dan los pregones: en estos y en los carteles ó edictos que se fijen, se han de especificar los bienes que se venden y las posturas que se hacen á ellos. Si la ejecucion se ha despachado contra derechos ó acciones, se observará lo de los nue-

ve ó tres dias, segun la diversidad de los bienes sobre que recaigan ó à que se refieran, porque siguen y se regulan por su misma naturaleza: cuando ejecuta el fisco, se pregonan los bienes raices por solos nueve dias, en cada tres un pregon, y los muebles por tres, en cada uno el suyo.

5868 Los dias en que se den los pregones, deben ser útiles, no feriados, y dàndose en estos, son nulos por estar prohibido en ellos todo acto de juicio civil sin causa urgente; lo mismo debe decirse de aquellos en que se fijen edictos ó cédulas para la venta, y de ello se debe poner fé espresiva é individual en los autos ó diligencias.

5869 Los pregones se deben dar á las puertas del oficio del escribano originario; ó de la audiencia del juzgado, ó en los parages públicos donde se acostumbre hacer en el pueblo, para que llegue á noticia de sus vecinos; pues la ley no señala ninguno; y sin embargo de que el pregonero es persona pública, y de que por esta razon, parece que debiera bastar su certificacion jurada y espresiva de cuantos dió y en qué parages; lo mejor es que lo presencie el escribano, para que pueda dar fé de ello, y los estienda en los autos con separacion de cada uno, segun se practica en esta còrte, porque en el pregonero no reside la autoridad que en el escribano, y de consiguiente no hace la fé que este.

5870 De lo espuesto con arreglo á la ley se deduce, que en rigor debian ser valuados los bienes antes de pregonarlos, é inmediatamente que se notifica el estado de la ejecucion; pues hasta saberse el valor de ellos, nadie querrá ni aun podrá hacer postura, sin embargo no se observa así en esta córte, porque durante el término de los pregones y el de los diez dias, podrá tal vez el deudor facilitar el pago de la deuda, ó acreditar no serlo, y no parece justo gravarle con los gastos de tasacion y pregones inútiles: por estas consideraciones no se tasan ni pregonan hasta despues de la sentencia de remate, y con arreglo á esta práctica recomendable por su equidad, se estenderán las diligencias de este juicio. (Por consiguiente queda en gran parte inútil lo espuesto sobre pregones en los números anteriores, ó de otro modo el deudor gozará de un doble término en el juicio, que por su naturaleza se resiste mas á las dilaciones)

5871 Hallàndose el ejecutado con sus bienes en otra jurisdiccion, ó en pueblo diverso del del juicio, aunque sea de la misma, han de darse cuatro pregones, el primero en el lugar en que habita, y los demas en el del juicio (ley 13, tit. 28, lib. 11, Novís. Recop.) Si se dan en menor tiempo que el referido, aunque lo consienta el ejecutado, es preciso darlos de nuevo, y es nula la ejecucion; mas no, dàndose en mayor.

‖ Si el deudor puede renunciar los pregones y todo el término, que es lo mas, ¿por qué no ha de poder renunciar lo menos? ‖

5872 Cuando se trabó la ejecucion en bienes muebles y raices juntamente, se han de dar los pregones en el término prefinido para los segundos, sin ser necesario darlos tambien en el que corre para los primeros, porque en el término mayor queda comprendido el menor, ó en lo mas se comprende lo menos.

5873 Si la ejecucion fué mejorada ó se hizo de nuevo en otros

que no se pregonaron, es indispensable repetir en ellos, segun sean, lo que se hizo con los primeros; y si se trabó en muebles, y luego se amplió ó mejoró en raices, se han de dar los pregones en el término prefinido para estos, porque la tal mejora es continuacion de la traba ó embargo, y viene á ser lo mismo que si se principiara por ellos, de suerte que en ninguno de los casos en que hay bienes raices, basta pregonarlos solamente por los nueve dias.

5874 Lo espuesto se entiende, aunque se haya trabado la ejecucion en una sola cosa á nombre de las demas que se embargaren, y parecieren pertenecer al deudor al tiempo del remate; pues como los pregones se dan para que la venta llegue á noticia de todos, y puedan presentarse compradores; sino consta individualmente cuales son y sus tasaciones, mal podrán moverse à comprarlos, á ponerles precio ni à pujarlos.

5875 Aunque el ejecutado renuncie los pregones, ha de pasarse el término de estos, si no le renunció tambien, porque la ley 12, titulo 21, lib. 11, Novís. Recop., le pone por forma, segun se prueba de las palabras, *y dados los pregones*; lo cual procede, aun omitiéndose la protesta de haber de gozar de él, porque esta se pone por estilo y para desvanecer cualquier escrúpulo que pueda ofrecerse, y todo motivo de cavilacion. Los dias de término han de contarse, como si se dieran los pregones, y de consiguiente han de ser útiles todos los treinta respecto de querer gozar de ellos el ejecutado, segun se practica en esta córte.

‖ Y por qué asi, cuando en los términos para probar y apelar se cuenta los dias feriados? ‖

5876 No hay para que dar los pregones cuando la ejecucion se trabó en dinero que el deudor tenia en su poder, ó estaba depositado en un tercero, y asi se le ha de citar de remate, acto continuo de notificársele el estado de la ejecucion, sin preguntarle si los dá ó no por dados, á fin de que pueda oponerse á ella y escepcionar y probar lo que le convenga, siguiéndose la vía ejecutiva en igual forma á escepcion de la subasta y pregones.

5877 Lo mismo debe practicarse, cuando la obligacion del ejecutado es de pagar en especie determinada como trigo, aceite &c., y la ejecucion se trabó en ella; pues se ha de hacer el pago en la propia especie, y por lo mismo no se ha de mandar en la sentencia de remate; «que se haga trance y remate de los bienes ejecutados,» sino que «se prosiga la ejecucion y se haga pago al acreedor con los bienes ejecutados.»

5878 Cuando no hay pregonero en el pueblo, como sucede en muchísimos, basta fijar en los respectivos dias útiles, arriba mencionados, edictos ò cédulas en los parages públicos del lugar del júicio y del en que están sitos los bienes ejecutados, poniendo el escribano ó escribanos en los autos fé de haberse fijado con insercion literal de la cédula y especificacion de los sitios en que se fijaron; y celebrándose públicamente à su tiempo con la solemnidad legal y sin fraude la venta y remate ante el juez del dicho lugar del juicio, que ecsisten en él; y sino (en virtud de comision especial y no de otra suerte) ante él del territorio en que estén, segun lo observan los inteligentes.

SECCION IV.

Sobre la fianza de saneamiento, y las personas que pueden ó no ser presas.

5879 No solo se ha de hacer la traba y notificarse al deudor el estado de la ejecucion, sino que antes ó despues de notificársele debe requerirle el alguacil que afiance de saneamiento de los bienes ejecutados (aunque sean raices) y que no lo haciendo, le pondrá preso.

5880 Duro y muy duro parece en verdad, que al que tiene bienes para pagar se le prive de su libertad natural; sin embago, no debe dispensarse de la prision al que no sea privilegiado, porque lo mande la ley, à fin de evitar el perjuicio del acreedor, caso que los bienes no sean del acreedor, ó siéndolo, se hallen gravados con deudas anteriores: por tanto si el alguacil omite esta diligencia, se espone à ser condenado ó multado.

5881 El fiador ha de ser sugeto lego, llano y abonado, que no goce de fuero, que pueda ser reconvenido con facilidad, y de consiguiente que se halle en el pueblo del juicio, ó al menos dentro de la provincia; que tenga bienes conocidos, que no sea privilegiado, ni muger, ni menor, ni labrador à menos de serlo tambien el deudor; y finalmente que asegure «que los bienes ejecutados son libres y propios del deudor; que serán suficientes al tiempo del remate para el pago del principal, décima y costas; que en su defecto se obliga á satisfacerlo todo, ó lo que falte con los suyos, hecha antes escusion en los del deudor y que, no lo haciendo, pueda el juez de la causa apremiarle á ello por todo rigor de derecho y en via ejecutiva.»

5882 Esta fianza es sustancial en el juicio ejecutivo para que no quede ilusorio, y no dándola el ejecutado ha de ser preso, aun cuando presente testigos que aseguren ser suyos los bienes ó de la de la haz ó estar á derecho. Asi se prueba de la ley 12, tít. 28, lib. 11, Novís. Recop. que dice: «Mandamos por él (habla del mandamiento ejecutivo) que se haga la ejecucion en bienes, muebles, y à falta de ellos en bienes raices con fianzas de saneamiento y que en defecto de las dichas fianzas sea preso el deudor.» (Véase núm. 3541.)

5883 Hay personas que, si no dan la citada fianza, han de ser presas; otras que absolutamente hablando, ni deben darla, ni de consiguiente ser encarceladas por deuda puramente civil; y hay otras que ademas de no deber darla ni ser presas, no pueden ser reconvenidas en mas de lo que pueden pagar, porque gozan del beneficio llamado de competencia.

5884 Deben dar la fianza ó de lo contrario ser presas, todas las personas á quienes no asiste privilegio que las ecsima de ello, sean mozas ó ancianas, porque la ley citada habla indistinta y absolutamente sin escepcion de edades; pero no se ha de aflijir ni molestar con prisiones al deudor, sino detenerle en la cárcel y sin ellas hasta que pague ó se le mande soltar; pues ademas de que seria inícuo semejante rigor, porque las càrceles no se han establecido sino para la custodia de los presos durante la sustanciacion y decision de sus causas, lo prohibe la ley 8, tít. 28, lib. 11, Novís. Recop.

|| Los hijos-dalgos y nobles gozan (dice Febrero) del privilegio de no poder ser presos por deuda puramente civil, y con este motivo se estiende largamente sobre las diversas especies de nobleza é hidalguía. Nosotros no creemos compatibles este ni otros privilegios hereditarios con las instituciones políticas que rigen, y nos remitimos á nuestra sentida nota del número 48, afirmàndonos en nuestra desdeñosa estrañeza hacia tales contradicciones. Pero como las esenciones ó privilegios personales por razon de oficio, grado ò facultad no se hallan en el caso que los hereditarios, y puedan creerse aun subsistentes, seguiremos en esta parte á Febrero. ||

5885 No pueden ser presos por deuda puramente civil los jueces durante su oficio, los graduados de doctores ó licenciados en cualquiera facultad por universidad aprobada, y los abogados, aunque tengan solamente el grado de bachiller. (Leyes 3, tit. 10, y 8, tit. 31, Part. 2, y 15, tit. 18, lib. 6, Novis. Recop.)

Ni los maestros de primeras letras aprobados dentro ò fuera de la Córte y con título, antes del Consejo, ahora serà de la Direccion general de estudios, ni los que ejercen las artes de arquitectura, escultura ó pintura.

Ni los labradores, operarios de fábricas de estos reinos, ni los que profesan las artes ú oficios cualesquiera que sean, entendiéndose esta esencion les asiste aun en las causas livianas segun la real pragmática de 27 de mayo de 1786.

Ni la mujer à menos de ser conocidamente deshonesta, para lo que no es preciso que sea ramera ó prostituta, y basta que siendo soltera esté públicamente amancebada; pero si es casada, se requiere que el marido consienta en su deshonestidad, Covar. de Matrim. cap. 8, §. 11, núm. 6: la muger no puede renunciar este privilegio, como que ha sido concedido por respeto y decoro á su secso.

5886 Tampoco debe ser preso por deuda civil el menor de veinte y cinco años, si no es que tenga la libre administracion de sus bienes.

Ni el enfermo hasta que sane, ni el pregonero mientras và pregonando, ni el heredero que aceptó la herencia á beneficio de inventario hecho debidamente, y manifiesta todos los bienes de ella; mas no en el caso contrario. (Leyes 5, 6, 7 y 10, tit. 6, Part. 6.)

Ni el tutor, factor ó administrador por la deuda de su tutela y administracion, escepto que no manifiesten los bienes de estas.

Ni el que tuviere por tres años contínuos doce ó mas yeguas de vientre, habiendo contraido la deuda despues de tenerlas, y no tocando esta al rey.

(En cuanto à los senadores y diputados véase el art. 42 de la Constitucion, aunque solo habla de las causas criminales.)

|| Esta parte de nuestra legislacion necesita aclararse y fijarse, mayormente cuando las nuevas instituciones políticas, parecen mas favorables à la libertad personal que debia serlo el régimen absoluto. La prision por deudas puramente civiles envuelve una lucha entre la propiedad del acreedor y la libertad del deudor; ¿cual de las dos debe ser mas favorecida ó respetada por las leyes?

A primera vista parece que en los gobiernos absolutos lo será la primera, y en los libres la segunda. Sin embargo, es bien cono-

cido de todos el rigor, y hablando mas propiamente la barbarie de los antiguos romanos contra sus deudores, aun en los mas bellos tiempos de la república; la esclavitud y à veces la muerte, si ha de estarse á la letra de la ley, era la triste suerte de los insolventes; y solo en el caso de la libertad se les concedió por la ley Julia el miserable consuelo de poder libertarse con la cesion de bienes.

5887 La liberalísima Inglaterra era poco menos rigorosa que la republicana Roma, y se miró como muy favorable á la libertad de los deudores el estatuto de Jorge III, mandando que por toda deuda que no escediera de veinte chilines (cinco duros) no pudiera tenerse en prision al deudor mas de veinte dias; y cuarenta por la que no escediera de cuarenta chilines (diez duros): pero escediendo de esta cantidad, el inglés, al que su miseria no permite pagar, puede ser privado de su libertad por toda su vida, estraño y poco honroso espectàculo en que se descubre mas bien la insensible codicia de un gobierno comerciante, que la filantropía y elevacion de un pueblo libre!! Compárese el estatuto de Jorge III con la citada pragmática de su contemporàneo nuestro inmortal Càrlos tambien III, y dígase imparcialmente sino se mostró mas humano, liberal y filósofo el rey absoluto.

5888 Parece pues, que procede la prision por deudas puramente civiles en el estado actual de nuestra legislacion; pero despues de aquella pragmática, apenas podria llegar semejante caso; porque, ¿quién será el que no profese algun arte ú oficio? Lo cierto es, que vemos muchos acreedores sin cobrar sus créditos á pesar de haber obrado ejecutivamente, y no recordamos haber visto un solo deudor insolvente, reducido á prision.

5889 La humanidad de nuestras leyes en favor de la libertad personal ha llegado al punto de prohibir que los pobres presos mandados soltar sean detenidos por derecho de las justicias, escribanos y carceleros, y se le tomen las capas, ropas, sayos, sayas, y otros vestidos que trajeren à pesar de mediar delito ó casi delito. (Leyes 20, 21, 22 y 23, tit. 38, lib. 12, Novís. Recop.) Está igualmente prohibido por la 25, obra del mismo Cárlos III, «decretar autos de prision en causas ó delitos que no sean graves, ni se tema la fuga ú ocultacion del reo; lo que principalmente deberà entenderse respecto à las mugeres, por ser esto muy conforme al espíritu de las leyes del reino, y tambien respecto á los que ganan la vida con su jornal y su trabajo; pues no pueden ejercerle en la cárcel, lo que suele ser causa del atraso de sus familias, y muchas veces de su perdicion.»

5890 El artículo 287 que todavia rige, de la Constitucion de 1812, asi como el decreto restablecido de las Córtes de 11 de diciembre de 1812, aclaran y fortalecen mas lo establecido en la ley 25; y aunque se diga, que hablan de materia criminal, su espíritu es evidente de que no haya prision cuando no pueda recaer pena corporal; y como esta nunca pueda tener lugar en el caso de deudas puramente civiles, parece consiguiente que tampoco pueda tener lugar en ellas la prision.

5891 Repetimos por lo tanto que convendria fijar y aclarar este punto de nuestra legislacion y práctica. El código francés determina ecsacta y minuciosamente los casos en que ha lugar à la prision por

deudas puramente civiles, aunque no se haya pactado así; los en que puede pactarse; la cantidad á que ha de ascender la deuda; y las personas contra las que nunca puede decretarse; ecsiste pues un buen modelo, del que podría tomarse al menos el órden y division de materias.

SECCION V.

Del beneficio de competencia.

5892 Queda dicho que los que gozan de este beneficio, no pueden ser reconvenidos en mas de su posibilidad por deuda puramente civil, no siendo á favor de la hacienda pública, y debe dejárseles una cóngrua sustentacion segun su estado y familia: de consiguiente no pueden ser presos, ni están obligados à dar fianza de saneamiento: gozan del enunciado beneficio los sugetos ó personas siguientes:

1.° El clérigo de órden sacro, bien sea deudor de otro clérigo ó de un lego.

2.° El clérigo de menores órdenes, si tiene beneficio eclesiástico y no de otra suerte. (Ley 23, tit. 6, Part. 1, cap. 3, *de solutionib.*)

3.° El sócio por la deuda de su compañia singular ó universal, à menos que renuncie este beneficio. (Leyes 15, tit. 10; y 1, tit. 15, Part. 5.) La razon de esto, al menos por las leyes romanas, es que la compañía viene à ser una especie de hermandad, y los sócios son entre sí como hermanos; pero se dá mas valor y favor á la ficcion que à la realidad; pues que los verdaderos hermanos no gozan del tal beneficio.

4.° El ascendiente, descendiente, suegro, yerno, marido y muger por la deuda de unos contra otros (dicha ley 1); y aunque la madre y la abuela salgan alcanzadas en la tutela de sus hijos y nietos, y hayan renunciado el ausilio concedido à las mugeres y este beneficio de competencia, no deben ser presas por el alcance, pues que esta escencion se funda en la reverencia que aquellos deben tenerles.

5.° El marido por la dote de su muger ó por otra deuda de la misma, aunque haya renunciado este beneficio y pactado que pueda ser reconvenido por el todo (leyes última, tit. 11, Part. 4; y 1, titulo 15, Part. 5); debiéndose advertir que gozan igualmente de este privilegio los hijos y padre del marido, pero no los herederos estraños de este, ni al suegro que ofrece dote á su yerno, sabiendo que no puede pagarla, porque la malicia no debe ser favorecida.

6.° El que vino á estado de insolvencia por algun infortunio accidental é inculpable, como guerra, naufragio, incendio, &c.

7.° El juez residenciado. (Nótese que los casos 5 y 6 no estàn apoyados por ley alguna pátria, ni aun romana.)

8.° El donador por la donacion que hizo, porque de lo contrario le seria demasiado gravosa su liberalidad. (Leyes 4, tit. 6; y 1, titulo 15, Part. 5.)

9.° El que con la pureza legal hizo cesion de sus bienes ó concurso de acreedores por la deuda de alguno de estos, á cuya satisfaccion no alcanzaron los que tenia; pues aunque venga á mejor fortuna, se le ha de dejar con que subsistir decentemente, de los que adquiera des-

pues de la cesion (ley 3, tit. 15, Part. 5); porque este y los demas hasta aqui mencionados pueden pedir alimentos de sus propios bienes, á no ser que tengan arte, oficio, ú otro medio con que mantenerse, ó que el mismo acreedor sea tan pobre que no tenga de qué subsistir, en cuyos dos casos deben pagar toda la deuda. (Ley 13 al fin, tit. 10, Part 5.)

5893 Lo mismo se observa en los duques, condes y marqueses, si forman concurso de acreedores, pues por costumbre inconcusa de estos reinos se les señalan alimentos de las rentas de sus estados concursados, con preferencia á sus acreedores, para evitar que se vean precisados à mendigar, ó á ocuparse en cosas que rebajen su prestigio y dignidad; pero no en los poseedores de mayorazgo simple, á que no està aneja ninguna dignidad pública de título.

|| Este privilegio, aunque fundado en motivos plausibles, con dificultad podria ahora sostenerse. ||

5894 Litigando entre si los privilegiados, de que llevamos hecha mencion, si uno de ellos trata solamente de evitar su daño, y el otro de adquirir utilidad, cesará en este el beneficio ò privilegio de no poder ser reconvenido en mas de lo que buena y decentemente pueda; como tambien el que le tiene genérico, si otro le tiene específico; y cesa igualmente en los fiadores, por ser personal y peculiar de los deudores principales.

5895 Pero el alguacil no incurrirá en pena por ejercer contra estos privilegiados todo el rigor de la ley, si el mandamiento ejecutivo se dirige contra sus personas y bienes; en tal caso el responsable es el juez que debe mirar contra quien le espide. Cuando, no gozando los deudores de este ni de otro privilegio, se despacha el mandamiento únicamente contra sus bienes, no deberá el alguacil ponerlos presos, aunque carezcan de ellos ó teniéndolos, no afianzen de saneamiento: se limitará pues á dar inmediatamente cuenta para que dicte la oportuna providencia, pues por el hecho de no dirigirse las personas de los deudores, debe persumirse no haber querido el juez que se proceda contra ellas, y el alguacil, como mero ejecutor, no tiene facultades para alterar ó escederse de lo que el juez le manda ó prohibe, y espresa literalmente.

SECCION VI.

Cuándo y cómo se ha de citar de remate al ejecutado.

5896 Durante el término de los pregones, nada puede hacerse, à menos que el deudor le haya renunciado espresamente, ó se oponga à la ejecucion antes que espire, como luego se dirá. Pero siendo ya pasado, si el ejecutado reside en el pueblo del juicio, y puede ser hallado en su casa ó en el mismo pueblo, ha de ser citado en persona por mandato escrito del juez á instancia del acreedor, y no de otra suerte, para dos fines.

1.º Para que se oponga à la ejecucion y escepcione contra ella si quisiere.

2.º Para proceder en defecto de esto á la sentencia, venta y remate de los bienes ejecutados y pregonados.

5897 Esta es la citacion de remate, y al hacerla debe el escribano segun las leyes 12 y 13, tit. 28, lib. 11 de la Novis. Recop., apercibir al deudor «que si dentro de los tres dias siguientes al de la citacion no compareciere en el juicio á mostrar paga, quita ú otra razon legítima que impida el remate, se procederá al de los bienes ejecutados sin mas citacion, y para ello à sentenciar la causa de remate por el importe de la deuda, su décima y costas causadas y que se causen hasta el efectivo pago de todo.»

5898 El escribano ha de espresar en la citacion y dar fé de haber hecho este apercibimiento; y aun para hacerla no es necesario nuevo auto en opinion de algunos: nosotros sostenemos lo contrario é insistimos en lo arriba dicho.

1.° Porque la ley 14, tít 4, lib. 11, Novis. Recop. dice: «Y mandamos que de aqui adelante ningun escribano ni portero, pregonero, ni emplazador, ni otro oficial que tenga cargo de emplazar, no sea osado de emplazar, ni emplace à persona alguna, sin que primeramente le sea espresamente mandado por nuestras justicias.»

2.° Porque esta citacion no es consecuencia forzosa de la traba.

3.° Porque puede ocurrir que en el entretanto se haya convenido el acreedor con el deudor; y asi debe hacerse á instancia de este y en virtud de nuevo mandato judicial, ó que haya sido puesto en el mismo mandamiento ejecutivo.

4.° Por estas palabras de la ley 15, tit. 28, lib. 11, Novís. Recop.: «Y que despues un dia antes que se haga el tal remate, se dé otro mandamiento para emplazar la parte para el dicho remate.»

5899 No dejándose ver el ejecutado, se deben practicar para citarle de remate las mismas diligencias que para notificarle el estado de la ejecucion, haciendo en ellas mencion el escribano de que no ha podido ser habido aquel, y dejándole cédula ó memoria por escrito con la relacion competente y espresion de los efectos de la citacion, sin ser necesario buscarle por la ciudad ni provincia para que le perjudique aquella, como si se le hubiese hecho en persona; bien, que acreditándose por el deudor, que la citacion hecha en su casa no llegó à noticia suya, no le perjudicará. (Al tratar de la notificacion de estado habemos dicho, y ahora repetimos, que en este caso, como en aquel deberá practicarse lo dispuesto en el art. 3 de la ley de 4 de junio de 1837, tomo 5, pàg. 92.)

5900 Teniendo el deudor dos casas, se le ha de hacer la citacion en la que habita, siendo vagabundo, en el lugar donde asiste con mas frecuencia; y constando por informacion hecha en el juicio su ausencia de la provincia y que se ignora su paradero y cuando regresará, se le ha de citar por edictos nombràndosele defensor, con quien se entiendan las diligencias de venta y remate, como tambien se nombra cuando por no haber dejado herederos un difunto, está yacente la herencia sin saberse à quién corresponde.

5901 Si el deudor se halla fuera del territorio ó jurisdiccion del juez que entienda en los autos ejecutivos, se ha de librar requisitoria al de su domicilio; la cual debe ir documentada con la insercion de la sentencia ó ejecutoria que trae aparejada la ejecucion, y cuando se pide en virtud de escritura, ha de ir inserta esta con la nota ó to-

ma de razon en la oficina de hipotecas, para que no se le deniegue el cumplimiento, porque la escritura hipotecaria especial sin la nota no tiene fuerza ejecutiva.

5902 La requisitoria ha de librarse no solo para trabar y mejorar la ejecucion, notificar al deudor su estado, prenderle á falta de bienes equivalentes ó de fianza de saneamiento, y hacer depósito de estos á disposicion del juez requirente por cuenta y riesgo del requerido, sino tambien para citarle de remate à su tiempo, (es decir, despues de haber espirado el término de los pregones y no antes, pues de lo contrario será preciso citarle de nuevo), prefiniéndole en la misma requisitoria el plazo competente, segun las distancias, para que comparezca à escepcionar y probar lo que le convenga, bajo el apercibimiento arriba mencionado; pues si no se hace todo esto en una sola requisitoria, segun se practica en esta corte, se causan dilaciones y gastos supérfluos

5903 Habiéndose trabado la ejecucion en réditos de censos ò en deudas, derechos y acciones pertenecientes al ejecutado, convendrà citar á los deudores, como si tambien estuvieran ejecutados, para que dentro del mismo término aleguen lo que les convenga sobre lo que debian satisfacer, y no haya que seguir con ellos nuevos autos. Y en cuanto á los pregones, se les ha de apercibir igualmente que corren tambien con ellos, porque de esta suerte quedan espeditas las diligencias y ciertas las deudas, y podrá procederse por apremio contra los deudores, caso que no pague el ejecutado.

5904 Cuando los bienes, en que se trabó la ejecucion, están poseidos por terceros ó acreedores conocidos, debe tambien citarse á estos en sus personas, pudiendo ser hallados; y si se ignora su paradero ó son inciertos, y el ejecutante lo acredita por informacion sumaria en el juicio, se les ha de hacer la citacion por edictos y pregones, y despues nombrárseles defensor con quien se entiendan las diligencias, para evitar asi su nulidad y la de la venta. Si el ejecutado es ciudad ó universidad, se ha de citar al procurador síndico y á un regidor de ella.

5905 Si el ejecutado comparece por sí en juicio ó se opone antes que se le cite de remate (haya ó no espirado el término de los pregones, de que dijo querer aprovecharse cuando se le notificó el estado de la ejecucion) es ociosa ya la citacion, y no debe darse auto ni mandamiento para hacerla, como se ordena en la ley 13, tít. 28, lib. 11 Novis. Recopilacion, por estas palabras: «y que si oviere oposicion, despues de ella no se dé otro mandamiento para el dicho remate.» Fúndase esto en que por la comparecencia del deudor es visto, no solo que sabe se le ha de citar, sino tambien que renuncia tácitamente el término de los pregones que resta aun por correr: de consiguiente se le habrá por opuesto, se encargará á ambos litigantes el termino de la ley á fin de que aleguen y justifiquen lo que les convenga, y se entregarán los autos al ejecutado, como que el dicho término se estableció para que aquel no quedase indefenso, aunque es comun à los dos, y asi se practica en esta corte.

5906 Caso de que por no bastar los bienes ejecutados para la satisfaccion de la deuda, su décima y costas, se hiciere nueva ejecucion, ó la ya despachada se ampliase ò mejorase en otros, debe citarse nue-

vamente al deudor para el remate de estos, aunque la traba se hubiese hecho por todos los demas, que al tiempo del remate pareciesen pertenecerle.

5907 Ademas, si el pleito se ha tenido suspenso en estado de citacion ú otro por un año ò mas, se ha de citar de nuevo al deudor, ò hacérsele saber por retardado el que á la sazon tenga, sin cuyo requisito de ningun modo han de proseguirse las demas diligencias, porque tal es el efecto que produce la omision del actor, tanto en este juicio como en el ordinario.

TITULO CII.

De la oposicion del ejecutado y de las escepciones que deben ó no serle admitidas; del término en que las ha de probar para impedir la ejecucion, y de si el juez requerido podrá conocer de ellas y determinarlas.

SECCION I.

De la oposicion del ejecutado y de las escepciones que deben ó no serle admitidas.

5908 Hecha la citacion de remate, y pasado el término que se prefijó en ella al deudor, puede este oponerse á la ejecucion por sí ó por procurador con poder bastante, pues no está obligado á comparecer personalmente. (Aunque compareciera no seria oido sino por medio de procurador; asi se ha ejecutado en los tribunales supremos y superiores de esta corte.)

5909 No acudiendo el deudor á defenderse, podrá el juez sin mas citacion llamar los autos y sentenciarlos de remate á la primera rebeldía que le acuse el ejecutante, y no de otra suerte; pues aunque la ley 14, tit. 30, lib. 11, Novis. Recop. dice: «Y no haciendo la oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el juez hacer remate y pago á la parte;» esto se entiende pidiéndolo la misma, y no en otros términos.

5910 Si el deudor acude á defenderse, como que su posicion viene á sèrvir de contestacion, surte el efecto de suspender la sentencia de remate y venta de los bienes ejecutados por diez dias, hasta que el juez declare que debe continuarse la ejecucion (dicha ley 14); se le habrá propuesto y, aunque haya espirado el término de la citacion y mucho mas, con tal que no se haya dado sentencia, se le entregarán los autos para que se aclare la verdad y no sea condenado el inocente.

5911 Oponiéndose por medio de procurador antes que espire el término de los pregones, no se le ha de haber por opuesto ni tenérsele por parte, ni de consiguiente se le entregarán los autos, á menos que el poder contenga esta especialidad y la renuncia del término; lo que no sucederá cuando comparece por sí mismo en el juicio.

|| Repetimos la observacion hecha al principio de esta seccion. ||

5912 Algunos afirman que el ejecutado al tiempo de oponerse á la ejecucion y pedir los autos, debe especificar la escepcion que tiene para evacuarla, á fin de que se le admita la oposicion; pero se obser-

va lo contrario por no haber ley que lo mande; y asi le basta alegar generalmente que tiene que escepcionar y justificar, pidiendo para ello los autos, pues se le mandan entregar y se le ha por opuesto á la ejecucion, encargando á ambos litigantes el término de la ley por ser comun.

5913 Tres son las clases de escepciones que puede oponer el ejecutado para eludir la via ejecutiva é impedir la sentencia de remate.

1.º Las que se llaman *directas*, por hallarse espresadas en la ley 3, tit. 28, lib. 11, Novis. Recop., y son: *pago, pacto ó promesa de no pedir la deuda, falsedad, usura, fuerza ó miedo.*

2.º Las *útiles*, llamadas asi, porque aunque no esten espresadas en la ley, se coligen de su espíritu ò contenido, y de otras leyes, por lo que segun derecho deben admitirse en juicio, como se prueba por las palabras de la citada ley 3, «y tal que de derecho se deba recibir,» y de la 1 del mismo título y libro, «salvo si dentro de diez dias mostrare la tal paga ó legítima escepcion.» Estas dos clases de escepciones tienen lugar en la via ejecutiva, y probándolas el ejecutado en tiempo y forma, eluden la intencion del ejecutante.

3.º Las que por su naturaleza ecsigen mayor y mas escrupuloso ecsámen y conocimiento, y no se coligen de las dos leyes citadas, por lo que no deben ser admitidas en este juicio ni en los demas sumarios, escepto que se prueben y liquiden incontinenti, es decir, en el término legal (pero en el mismo han de probarse y liquidarse las directas y útiles; asi valdria mas decir que las de esta tercera clase nunca deben admitirse); pasamos à hablar por su òrden de cada una de las tres clases.

SECCION II.

De las escepciones directas ó espresadas en la citada ley 3.

5914 La primera es la paga ó solucion, de la què se habló en el tomo 5.º, números 3984 y siguientes, á los que nos remitimos.

5915 La segunda es el pacto de no pedir ó remision (véanse los números 4111 y siguientes); advirtiéndose que el pacto ó promesa de no pedir la deuda puede referirse à su total remision, ó solamente á no pedirla dentro de cierto tiempo; y que dicho pacto pasa à los herederos del deudor, aunque no se haga mencion de ellos, à menos de probarse que fue personal; pero en duda se presume real.

5916 La tercera es la de falsedad; mas para que esta escepcion pueda admitirse la via ejecutiva, ha de recaer sobre lo sustancial del instrumento, pues no basta que recaiga sobre alguna accesoria de el, como la hipoteca ò pena. (Ley 111, tit. 16, Part. 3.)

5917 Lo mismo procede cuando se opone la falsedad contra el instrumento en cuya virtud se dió sentencia condenatoria, y antes de esta nada se alegó ni dijo sobre aquella; porque en tal caso requiere mayor ecsàmen, salvo si se prueba en el término del encargado, pues entonces impedirá que se ejecute la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

5918 La cuarta es la de usura ó de que el contrato fue usurario, é impide tambien la ejecucion, probándose en los diez dias de la ley.

5919 La quinta es la de fuerza y miedo, entendiéndose por tal el que segun lo espusimos en el número 2644.

SECCION III.

De las escepciones llamadas útiles.

5920 La principal de estas es la *compensacion* que tiene toda la fuerza y efectos de verdadera paga, y aun se aventaja á esta, en cuanto para verificarse no es necesario el consentimiento de las partes, y se hace por la sola disposicion del derecho; pero ya se habló de ella con estension en el tomo 5, números 4041 y siguientes.

5921 La *transaccion*, de la que tambien se trató en los números 4210 y siguientes.

5922 La *novacion* y *delegacion*. (Véase núm. 4139.)

5923 Admítese igualmente en la via ejecutiva la escepcion de *nulidad* del contrato, sentencia ò instrumento, en cuya virtud se espidió la ejecucion, pues el que es nulo no debe ejecutarse, bien lo sea por falta de facultad del que le otorgò, ó de la solemnidad prescrita por la ley ó por otra causa. Esto se entiende, aunque la nulidad se oponga por incidencia, de suerte que, constando de ella notoriamente en el mismo instrumento ò en el proceso ejecutivo, basta alegarla como de derecho, y el juez puede repeler de oficio al actor; y aunque no conste en la manera dicha, si se prueba dentro de los diez dias, impide sentenciar la causa de remate: pero no pudiendo probarse en ellos por ser necesario mayor ecsámen, ha de llevarse á debido efecto la enagenacion.

‖ Cuando esta precede de sentencia, no alcanzamos cómo pueda proponerse y aprovechar en la via ejecutiva la escepcion de nulidad contra la misma sentencia. ‖

5924 Otra de las escepciones que pueden oponerse en el juicio ejecutivo, es *la simulacion* del contrato; y especificada con claridad y justificada dentro de los diez dias de la ley impedirà sentenciar la causa de remate.

5925 La simulacion se comete de dos modos:

1.º Cuando los contrayentes pactan que han de celebrar tal contrato, pero que ha de sonar y aparecer otro: por ejemplo, Pedro pide á Juan que le preste cierta cantidad, ofreciéndole hipotecar para seguridad de ella tal finca fructífera, y Juan le responde que se la prestarà, pero que hasta que se verifique el pago ha de percibir los frutos de ella, y para que no suene usura ni se le obligue en juicio à compensar aquellos con la cantidad principal (como debe hacerlo), ha de otorgar à su favor escritura de venta de la misma cosa.

5926 En el caso anterior el que alega y escepciona esta simulacion, debe probar no solo que su ánimo fue celebrar el contrato pignoraticio, no otro alguno, y que asi se pactó entre los dos, sino que por la resistencia y sugestiones del otro, y estrechado de la necesidad, convino en que se fingiese el de venta; como tambien que este se formalizó incontinenti, sin haberse estipulado otra cosa, ni por consiguiente haberse él apartado del primer convenio.

2.º Cuando se finge un contrato que real y verdaderamente no hay, porque el ànimo de los contrayentes no es celebrarle, pero conviene à sus intereses que suene celebrado.

5927 En estos casos, aunque el contrayente perjudicado manifieste su delito de haber tenido parte en la simulacion, puede alegarla no para no fundar su intencion, sino para coadyuvarla contra su cómplice en ella, porque el primero trata de evitar su daño, y el segundo de enriquecerse con detrimento ageno: á los herederos asiste el mismo derecho, y usa en aquel y en estos, si el contrato ha sido en perjuicio del fisco ó de tercero. Pero si el ejecutado confiesa que tuvo ànimo de quedar obligado, y ambos contrayentes fingieron un contrato por otro, no debe ser admitida la escepcion de simulacion.

|| El título 22, libro 4 del Código Romano trata del vicio de la simulacion y lleva por epígrafe, *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*: nuestras leyes guardan silencio sobre este punto, pero como en él se ataca la esencia de los contratos, ò lo que es lo mismo la verdadera voluntad de los contrayentes, debe regir entre nosotros sin género alguno de duda la doctrina Romana ó la recta y sencilla razon. Dudamos sin embargo que pueda aprovechar mucho en la via ejecutiva porque sobre ser casi siempre de dificil prueba aun en via ordinaria, requiere mas detenido ecsámen y tiempo del que permite la ejecutiva: en las causas célebres, tomo 20, hay una muy curiosa é instructiva sobre la materia de simulacion ||

5928 Impídese tambien la ejecucion por la escepcion de que el instrumento en cuya virtud se pide *no contiene la causa de deber* aunque el obligado jure el contrato; pues para estimarse que uno queda obligado por pacto ó promesa, se requiere espresion de la causa de la obligacion; lo cual procede hasta en la confesion de la deuda, cuando se hace sin espresar la causa, como se prueba de la ley final, tít. 13, Part. 3: Otrosí dezimos, que si algunos conocen fuera de juicio, que deven dar diez maravedís, ú otra cosa á otri, é non dizen señalada razon, porque deven dar aquello que conocen, tal conocimiento como este non empece á los que los fazen, ni son tenudos de pagar aquella debda, si non quisieren. Fueras ende, si aquel á quien fizieron la conocencia, probare guisada razon porque gelo deven dar.» Y si la obligacion proviene de mercaderías, deben especificarse pormenor estas y su precio, de modo que se entienda qué es lo que se vende, y la cantidad que se dá por ello (ley 2, tít. 12, de la Novís. Recop.)

|| No seguimos adelante en esta escepcion por haberla tratado latamente en el número 2658. ||

5929 Tiene igualmente lugar en este juicio la escepcion de estar ya *prescrita* la accion ejecutiva; sobre este punto véanse los números 4160 hasta el 4171; pero añadiremos algo á lo alli dicho, porque tiene mas relacion con la vía ejecutiva de que vamos hablando.

5930 Aunque el derecho y accion de ejecutar por obligacion personal prescribe por diez años segun la ley 5, tít. 8, lib. 11, Novís. Recop. (63 de Toro) algunos opinan que ha de entenderse cuando los contrayentes no pacten lo contrario en el instrumento; pues si lo pactan, no correrá la prescripcion pendiente la dilacion convencional.

5931 Los deudores pueden segun la opinion mencionada, pactarlo

asi y renunciar la ley mencionada porque fue establecida en su beneficio, y ni ella ni otra alguna prohiben que se renuncie: de consiguiente, como en este caso no habrá prescripcion, podrán ser ejecutados en cualquier tiempo.

5632 Tampoco la habrá y podràn por lo mismo ser ejecutados los deudores en todo tiempo, si la obligacion contiene la cláusula «de que antes de cumplirse cada diez años ha de ser visto revocarse el contrato, como si entonces se formalizara, y que nunca ha de haber prescripcion del derecho de ejecutar, sino antes bien poder el acreedor usar de él en cualquier tiempo, á cuyo fin renuncia el deudor la ley 63 de Toro y demas que tratan de las prescripciones para no aprovecharse de su ausilio.»

|| Febrero añade, que nunca ha visto en pràctica darse fuerza á la tal clàusula, aunque se suele poner en los censos. En nuestro dictámen no puede tener cabida la tal renuncia, porque la fuerza de los instrumentos y la naturaleza atañen al derecho público, que no puede alterarse por la voluntad y pactos de los particulares; ademas, la prescripcion ha sido introducida por altas consideraciones de utilidad pública, mas que por la de los mismos particulares. ||

5933 Lo espuesto procede, sea que el deudor esté en buena ó mala fé; pues aunque por punto general se requiere la buena en toda prescripcion, no es necesaria en la del derecho ejecutivo, porque no se quita al acreedor la accion que le compete para cobrar su crédito, sino el rigor de la via ejecutiva, como castigo de su negligencia en haber dejado pasar los diez años sin hacer uso de su derecho; de suerte que le queda espedita la via ordinaria para pedir en ella el pago de su crédito; y por lo mismo con esta prescripcion aun contra las iglesias (cap. 2, 3, 4 y 6 de *Præscription*. ||

5934 Nosotros opinamos que lo prescrito sobre buena fé para la usucapion ó adquisicion del dominio por la posesion no se ha entendido en ningun derecho para la prescripcion de las acciones, tanto en la via ordinaria como en la ejecutiva.

5935 La prescripcion, de que vamos hablando, tiene lugar, bien proceda la accion y derecho de ejecutar de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, bien de ejecutoria dada por tribunal superior, bien de instrumento público, puro, condicional ó á dia cierto; y los diez años se cuentan en esta forma:

Siendo la *sentencia*, desde el dia en que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada:

Si es *ejecutoria*, desde el dia en que se dió:

Si *instrumento puro*, desde el de su otorgamiento:

Si *instrumento condicional ó á dia cierto*, desde el dia en que se cumplió el plazo, ó ecsistió la condicion, porque desde entonces, y no antes, compete accion al acreedor para pedir ejecutivamente, y el deudor está obligado á pagar, só pena de ser ejecutado, no lo haciendo.

5936 Pero si el instrumento es de censo, ò de satisfacer en su virtud legado, réditos ó pensiones anuales, prescribe el derecho de pedir ejecutivamente los caidos, asi que haya espirado el término de los diez años, y el acreedor tendrá que reclamarlos en la via ordinaria, pues como la obligacion de pagarlos nace todos los años, nace igualmente

la accion ejecutiva de pedirlos, por ser tantas las obligaciones de satisfacerlos, y no poder prescribirse lo que todavía no ha ecsistido: lo cual no sucede en los demas instrumentos que contienen una sola obligacion, y por consecuencia una sola accion para pedir ejecutiva ú ordinariamente segun los casos respectivos.

5937 Por tanto, en las obligaciones anuales, bien provengan de contrato, bien de última voluntad, no debe computarse el tiempo para la prescripcion desde el principio en que fueron constituidas, sino desde el de cualquier año; y asi se observa en los tribunales, á pesar de que en sentir de algunos autores, si el acreedor deja pasar los diez años, pierde el derecho de pedir ejecutivamente no solo las pensiones caidas en ellos, sino tambien las sucesivas.

5938 En el número 4163 y siguientes emitimos y fundamos nuestra opinion sobre cuando empiezan á correr los diez años para la prescripcion en los vales ó *conocimientos reconocidos ante juez competente.* Febrero despues de hacer mérito de las dos opiniones diametralmente opuestas dice: «Tratando Olea de conciliarlas, es de sentir que pidiéndose y haciéndose el reconocimiento dentro de los diez años, empiezan estos á correr y contarse desde aquel, puesto que, habiendo el acreedor preparado en tiempo hábil la vía ejecutiva, no es culpable de mora ó negligencia, y asi como cuando el que tiene vale de otro, y hace que este le otorgue por su mismo importe escritura pública dentro de los diez años, renovando la obligacion ó dando fianza ó prenda, empiezan estos á contarse desde la fecha de aquella y à correr la prescripcion segun la ley 29, tit. 21, Part. 3; asi tambien el reconocimiento del vale hace que tenga vigor y autoridad de instrumento público.»

5939 Si el deudor reconoce el vale pasados los diez años de haberse hecho distingue y afirma como corriente en la pràctica que, aunque reconozca simplemente el papel, si niega la deuda y jura estar pagada, no tiene lugar la via ejecutiva, porque el reconocimiento que hace del papel, y por consiguiente de la obligacion constituida en él, es con su causa y se presume pagada la deuda por haber mediado tanto tiempo, en cuya atencion es preciso que el acreedor recurra à la via ordinaria.»

6940 Pero si lo reconoce y al mismo tiempo confiesa la deuda (lo cual ha de pedir el acreedor cauto), se le debe ejecutar en virtud de la confesion pura, sea por el todo si nada pagó, ó por el resto que está sin satisfacer, á cuyo dictámen me inclino: porque, aunque el vale y la accion para pedir ejecutivamente en virtud de él se hallen prescritos, no lo estàn la deuda ni la confesion de ella; y asi en virtud de esta, que es del dia, se debe pedir el mandamiento ejecutivo del mismo que si hiciera la tal confesion sin haber vale, pues en cualquiera tiempo que se haga, trae aparejada ejecucion, lo cual he visto practicar como legal y justo.

5941 Cuando el fiador que ha sido ejecutado y pagado por el deudor, intente contra este la via ejecutiva con el lasto del acreedor, no corren contra aquel los diez años desde que el deudor contrajo la obligacion ó reconoció el vale, sino desde que el acreedor le cedió sus acciones; ya porque estuvo imposibilitado de pedir, y al impedido no corre término ni prescripcion, y ya porque se interrumpió la pres-

cripcion de los primeros diez años por haber usado el acreedor de su derecho ejecutivo.

‖ La verdadera razon de esto consiste, en que el deudor principal no viene à ser deudor del fiador, hasta que este haya pagado al acreedor, y asi hasta dicho tiempo no pueden principiar á correr los diez años. ‖

5942 Cuando llega à interrumpirse la prescripcion de la via ejecutiva, es preciso que empiece á correr de nuevo; interrúmpese por siete actos.

1.° Por la comparecencia del acreedor en juicio, pidiendo la ejecucion dentro de los diez años y despachándola el juez, aunque no se encuentren bienes del deudor en que trabarla, y este no quiera contestarla, y por su citacion ó cuasi citacion que tiene fuerza de contestacion; y segun la opinion mas segura debe concurrir todo esto á la vez, y no lo uno sin lo otro; pero, concurriendo todo, se verificará la interrupcion, aunque la ejecucion haya sido mal despachada, porque el defecto de un juez ignorante no debe perjudicar al acreedor que usó judicialmente de su derecho en tiempo hàbil.

2.° Por la captura del reo, que es verdadera citacion real.

3.° Por oponerse el deudor á la ejecucion, ò proponer sus escepciones en el juicio, pues la competencia de aquel en este vale tanto y mas que la citacion.

4.° Por haber satisfecho el deudor dentro de los diez años parte de la deuda (bien conste el pago al dorso del instrumento, bien por otro medio) ó sus intereses por retardacion de la suerte principal. (Ley 29, tít. 29, Part. 3.) Pero si en este caso el deudor niega la deuda y opone esta escepcion, aunque el acreedor muestre carta de pago, hecha dentro del término de la prescripcion, de lo que dice haber cobrado de aquel á cuenta del principal ó por intereses, no se interrumpirá la prescripcion, à menos que el mismo deudor haya firmado tambien la carta de pago, ó que el acreedor lo justifique por otro medio, pues como à actor le incumbe probar el fundamento de su intencion.

5.° Por haber dado el deudor fianza ó hipoteca al acreedor para su seguridad.

6.° Por haber renovado espontáneamente la obligacion sin restringirla.

7.° Por haberle pedido el acreedor el pago de la deuda delante de amigos ó mediadores. (Lo mismo será que se la haya pedido por escrito; en una palabra, la demanda estrajudicial surte en esta materia los mismos efectos que la judicial.)

5943 En estos siete casos se interrumpe la prescripcion, y empieza á correr de nuevo desde el dia en que ocurrió alguno de ellos.

5944 La accion ejecutiva se perpetúa hasta cuarenta años por oponerse á la ejecucion ú objetar sus escepciones el reo, ó por su contumacia que se reputa contestacion del pleito, pues la ley 63 de Toro no ha prohibido ó derogado dicha perpetuacion.

‖ Esta doctrina ha sido tomada del derecho Romano, entre cuyos intérpretes pasa por corriente, aunque no falta alguno que disienta. Justiniano fue el primero que introdujo la perpetuidad de las acciones ò estableció que las temporales, una vez deducidas en juicio, durasen

cuarenta años; pero segun Voet el mismo Justiniano dejò sin efecto su innovacion, disponiendo que en el dicho caso las acciones civiles prescribieran por tres años sin haberse fenecido, y las criminales por dos.

Nuestras leyes nada dicen sobre la tal perpetuidad, y la 8, tit. 10, Part. 3, solo dispone que por la contestacion del pleito se interrumpe la prescripcion. Antonio Gomez en sus comentarios á la dicha ley 63 de Toro, hoy 5, tít. 8, lib. 11, Novís. Recop., dice que por ella ha desaparecido de entre nosotros la perpetuidad de las acciones á virtud de la contestacion del pleito. Pueden verse nuestros comentarios á las reglas 204 y 205 del derecho Romano; y lo advertimos aqui porque nosotros tenemos por mas legal y juiciosa la opinion de Gomez. ||

5945 De todo lo anteriormente espuesto se infiere que, si el acreedor pide la ejecucion despues de los diez años, no se debe despachar sino antes bien dar traslado simple al deudor como de una demanda ordinaria; y por lo mismo para conseguir judicialmente el cobro de sus créditos le será necesaria la via ordinaria que en las acciones personales puede intentarse por veinte años, salvas aquellas que precriben por menos tiempo (véase núm. 4167.)

5646 Cuando el actor pide la ejecucion dentro de los diez años por los réditos de un censo vencidos en su intermedio, y el reo se opone escepcionando contra la legitimidad del crédito y de consiguiente contra el instrumento en cuya virtud se espidió; por esta razon se convierte la via ejecutiva en ordinaria, y por sentencia dada en ella y ejecutoriada se declara legítimo y válido el instrumento, mandándosele que pague; y podrá despacharse la ejecucion no solo por los réditos caidos en los diez años sino tambien por los posteriores hasta la ejecutoria, sin necesidad de seguir otro juicio ordinario, por las razones siguientes.

1.ª Porque habiendo acudido el acreedor á usar de su derecho en tiempo oportuno, no hubo prescripcion, ni se le debe imponer la pena que la ley ha establecido para los morosos ó negligentes.

2.ª Porque la sentencia condenatoria removió el obstàculo opuesto por el reo al instrumento ejecutivo, ò por mejor decir, declaró que no lo tenia.

3.ª Porque habiéndole impedido el deudor con su escepcion maliciosa continuar el juicio ejecutivo incoado é intentar otros en los años sucesivos, y por consiguiente cobrar los réditos posteriores vencidos en ellos, debe despacharse la ejecucion por el importe de todos, aun cuando pasen mil años despues de contestado el juicio hasta su conclusion, pues que el deudor no debe sacar partido de su mala fé, ni ceder esta en detrimento del acreedor.

5947 Mas para que no se oponga à este el reparo de no estar líquidos los réditos, debe ante todas cosas pedir que se liquiden por el escribano con citacion del deudor, y, aprobada y declarada en cosa juzgada la liquidacion, *ha de renovar y producir la accion intentada por el importe de aquellos años, por los que pidió la ejecucion, solicitando ampliacion por los posteriores á causa de la imposibilidad en que estuvo para pedirlos.*

5948 En órden á los réditos caidos pendiente la via ejecutiva, asegura Febrero haber visto ejecutoria en esta córte revocando la sentencia de un alcalde, por la cual, habiendo pretendido el ejecutante que

la sentencia de remate y mandamiento de pago se ampliasen por su importe, declaró no haber lugar, y mandó que el ejecutante pidiese nuevamente por ellos: pero el tribunal superior, atendida la verdad, defirió á la ampliacion.

5949 Puede tambien oponerse, y obsta á la ejecucion, la escepcion de que el instrumento, en cuya virtud se espidió, no es público, ni auténtico, ni el original, y que está sacado sin citacion por escribano ante quien no fue otorgado, por lo que se redargüye de falso civilmente. En tal caso hasta que se compruebe con la matriz, prévia citacion del reo, no hace fé ni es asequible; y no comprobándose dentro del término legal por el que le produce, no podrà sentenciarse la causa de remate: bien que si se halla autorizado por el mismo escribano ante quien se otorgó, viene à ser como si fuera la copia original, y aunque se haya dado sin mandato del juez, hará fé en juicio.

5950 Siendo la escritura censual ú otra en que se hipoteque especialmente alguna finca (pues el hipotecar solamente sus frutos ó réditos mas bien es consignacion de paga en ellos que hipoteca, y asi no hay que registrarla), si el acreedor antes de entablar el juicio no hizo tomar razon de ella en el oficio de hipotecas de la cabeza del partido, donde se halla sita (véase números 3727 y siguientes), no se debe despachar ejecucion en virtud de la tal escritura ni juzgarle por ella, puesto que no hace fé para el efecto de perseguir la finca.

5951 Aun en el caso de que se haya tomado razon de la escritura en el respectivo oficio de hipotecas, si el deudor se halla fuera de la jurisdiccion del juez ejecutante, y en la requisitoria de ejecucion no va inserta ó incorporada la nota de estarlo en la escritura original (que es la que se debe registrar, á menos que se pierda ó destruya, y por esta razon se saque otra con la solemnidad legal, segun se ha dicho en otra parte), puede el juez requerido negarle el cumplimiento, porque no se le hace constar que la escritura es ejecutiva.

5952 Pero esto no obstante, mas de una vez se ha entregado al actor la escritura para tomar razon de ella, pendiente la ejecucion, á fin de que al tiempo de sentenciar la causa de remate estuviese subsanado el defecto, pues que debe procederse atendida la verdad y no detenerse en meras sutilezas de derecho; é igualmente ha sido postergado un acreedor hipotecario especial anterior en tiempo á otro tambien especial en las mismas hipotecas y posterior por haber este registrado su escritura antes que el otro.

5953 A veces sucede que por la distancia de las fincas y por no tener el acreedor de quien valerse para registrar la escritura ó por otros motivos omite la toma de razon, y por este defecto no se puede despachar la ejecucion contra el deudor. A fin, pues, de que por esta causa no sufra perjuicio el acreedor, será muy útil poner en la escritura la cláusula siguiente: «Y de esta escritura se ha de tomar la razon en la oficina de hipotecas del partido en que radiquen los bienes afectos y gravados especialmente á la responsabilidad de dichos tantos mil reales, antes de proceder en su virtud señaladamente contra ellos, segun lo ordenado por las leyes que rigen esta materia, dentro del término y bajo la pena que las mismas imponen; pero sin em-

bargo de que no está tomada, es la voluntad del otorgante que no por eso deje el acreedor de dirigir su accion ejecutiva contra él y contra todos sus bienes en fuerza de la hipoteca y obligacion general; que se trabe la ejecucion indistintamente en ellos; que se embarguen y vendan à su arbitrio los que le parezca, hasta que se haga efectivo pago del principal, décima y costas; y que mientras no se tome la razon se entiendan y estimen obligados generalmente los que lo quedan especialmente, para que este defecto no sirva de obstáculo á la espedicion de la ejecucion contra todos, pasado que haya sido el plazo; y tomada que sea, no ha de perjudicar la obligacion especial á la general, ni esta á aquella, y el acreedor ha de usar á su eleccion de ambas segun le convenga.» Con esta cautela no hay motivo para dejar de despachar la ejecucion, porque viene á quedar la obligacion en la clase de hipotecaria general, de la que no es preciso tomar la razon, segun las leyes arriba insinuadas.

‖ A propósito de lo que dice Febrero sobre haberse alguna vez entregado al acreedor la escritura para hacer tomar la razon de ella pendiente la ejecucion, y aprobarse esta práctica por deberse proceder atendida la verdad sin detenerse en sutilezas legales, dice su reformador lo siguiente: «Con este pretesto se pueden violar á cada paso las mismas leyes, como en los referidos por Febrero se violó la pragmática de 31 de enero de 1768 (ley 3, tit. 16, lib. 10, Novísima Recopilacion), pues en ella se leen estas palabras: Espresando al fin de ellos (los instrumentos) que no han de hacer fé contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito y toma de razon dentro del término prevenido en la ley con las declaraciones de la instruccion.» Asi que no basta para que la hipoteca se entienda constituida y pueda procederse contra ella, que esté tomada su razon al tiempo de entablarse el juicio, ni mucho menos al tiempo de sentenciarse la causa de remate, sino que se ha de haber tomado precisamente dentro del término prefinido en dicha pragmática; esto es, dentro de los seis dias siguientes al de la fecha de la escritura ò instrumento, si se otorgó en la capital del partido, y dentro de un mes, si fué otorgada en algun pueblo de su distrito ó jurisdiccion. Si las formalidades prescritas por las leyes son supérfluas, no procedió bien el legislador en prescribirlas, y deberian abrogarse; si son útiles, se han de observar en vez de condenarse como sutilezas legales. Conviniendo en lo testual de la ley, disentimos sin embargo del reformador, quien nos parece escesivamente rigoroso, pues à valer sus argumentos nunca podria tomarse la razon pasados los seis dias ó un mes segun los respectivos casos; y lo que prueba demasiado, no prueba nada. Cuando quiera que se tome la razon, ningun perjuicio siente por esto el deudor, pues no se hace mas que cumplir con su voluntad y obligacion; ni se perjudica à los que hayan adquirido algun derecho Real en la misma finca hipotecada despues de la omision ó descuido de la toma de razon por el primer acreedor.

5954 Si en el instrumento no se señala plazo para la paga, puede el acreedor reconvenir al deudor diez dias despues de otorgado (ley 2, tit. 1, Part. 5): á no ser que por la espresion de la causa del préstamo se colija haber sido otra la intencion de los contrayentes co-

mo si fué hecho para cierto uso ó à pagar en un punto muy lejano; pues entonces no puede perderse antes que se cumpla el plazo verificándose el uso, ò pasado el tiempo necesario á arbitrio de buen varon para poder hacer el pago en el lugar convenido. (Véase núm. 2832.)

5955 Son admisibles en la via ejecutiva las escepciones que se dirigen contra la persona que la intenta, como si es menor, muger casada, hijo de famila ó estudiante, y no manifiesta la respectiva licencia que se requiere en derecho; ó si está escomulgada, ò no se halla nombrada en el instrumento, ó carece por cualquier otra causa de aptitud ó representacion legítima para pedir.

5956 Del mismo modo se admite en la via ejecutiva *la declinatoria de fuero*, proponiéndose en el tiempo y términos espresados al tratar de ella, y nunca se entiende escluida esta escepcion, aunque otras lo sean, á menos que la ley la escluya espresa y nominalmente.

5957 Tambien obsta á la ejecucion la escepcion *de estar pendiente compromiso* acerca de lo mismo que se pide; pues por el hecho de comprometerse las partes, aunque la una de ellas haya obtenido sentencia favorable, cesan los efectos de esta, por ser visto haberse apartado del derecho que en su virtud le competia; y asi no debe ejecutarse.

5958 Es escepcion legítima la del *juramento* hecho por el lego en las obligaciones en que le está prohibido hacerlo, á causa de no requerirlo para su validacion y por otras consideraciones; debiéndose observar lo mismo cuando se somete al juez eclesiástico en lo que no debe, pues las tales obligaciones son nulas segun la ley 6, tit. 1, libro 10, Novísima Recopilacion, y ademas incurre el escribano en las graves penas que la misma señala.

5959 Impiden la ejecucion las escepciones anecsas ó inherentes al mismo contrato, como en el de compra y venta la de no haberse entregado al comprador la cosa vendida, ó la de no haber pagado este su precio; pero esto se limita en los cuatro casos siguientes:

1.º Cuando los contrayentes han pactado especialmente otra cosa porque su voluntad es la ley y regla de los contratos:

2.º Cuando el ejecutado debe cumplir el contrato antes que el ejecutante:

3.º Cuando no conste en él cual de los contrayentes ha de ser el primero en cumplir; esto es, si el comprador ha de entregar el precio antes que el vendedor la cosa, en cuyo caso debe mandar el juez se pongan en depósito uno y otra.

4.º Cuando la cosa no entregada es el importe de alcabálas ú otros derechos de la Hacienda pública, que el ejecutado tomó en arrendamiento; pues aunque le salga fallida alguna parte de ellos, ó se le retarde su cobro por culpa de él y no del ejecutante, con tal que cobre la mayor, no habrá lugar á la escepcion, ni de consiguiente impedirá el curso de la via ejecutiva. (Ley 34, tit. 5, Part. 5.)

5960 Tambien impedirá la continuacion de los procedimientos ejecutivos la escepcion de *reconvencion*, si pendiente el juicio se liquida y hace constar por otro instrumento que traiga aparejada ejecucion, ó si el ejecutante confiesa de plano ser cierto y líquido el crédito, y que ninguna defensa tiene contra el ejecutado: pues fuera de estos dos casos

no se admitirá la tal escepcion por ser necesario mayor ecsámen y conocimiento.

‖ «En los juicios ejecutivos se han ofrecido graves dificultades para dar entrada á la reconvencion ó mútua peticion: unos aseguran que debe admitirse y correr por los mismos términos de la ejecucion siempre que dentro de ellos pueda liquidarse y probarse, y si requiriese mas alto ecsámen, dicen que no se ha de suspender ni perder su curso la via ejecutiva, reservándose continuar la reconvencion en juicio separado ante el propio juez. Otros autores siguen la contraria, estableciendo por regla constante que en los juicios ejecutivos no tiene lugar la reconvencion. Yo admito por mas segura ó à lo menos por mas probable esta opinion, y para ello procedo con otras razones que me parecen mas sólidas y calificadas en las leyes y en la práctica y observancia de los tribunales, que las alegadas por dichos autores.»

«En los treinta y dos años que he asistido á los tribunales de la córte defendiendo y determinando negocios, no he visto ni aun oido que se haya introducido una reconvencion ó mútua peticion para detener ó eludir la via ejecutiva, y cuando el no uso de este remedio no manifestase en lo general el no hallarse recibido, á lo menos indica que es poco útil, y que hay otros medios mas seguros y espeditos, por donde puedan los interesados aprovecharse de la accion ó escepcion que habian de producir en forma de reconvencion ó mútua peticion.»

Cita luego y esplica para fundar su opinion la ley 3, tit. 28, lib. 11, Novís. Recop. que determina las escepciones que han de ser admitidas en el juicio ejecutivo; y prueba despues concluyentemente que, si se intentase y admitiese la reconvencion ó mútua peticion, sería preciso despachar dos ejecuciones con notable embarazo de las diligencias judiciales y mayores gastos viciosos, á cuyo remedio se atiende mas seguramente usando el reo de su accion en forma de compensacion, que es lo que se practica y observa en todos los juicios ejecutivos: (señor conde de la Cañada, part. 1, cap. 6, núms. 35 y siguientes donde trata este punto con la mayor estension. ‖

5961 Hay dos opiniones contrarias sobre si es ò no admisible en la via ejecutiva la escepcion *de dinero no entregado*, pero debe seguirse la afirmativa como verdadera y comunmente observada en la práctica, siempre que se pruebe en el término legal.

‖ Para evitar repeticiones sobre esta rara y desusada escepcion, reproducimos lo espuesto en el número 2833, donde consignamos francamente nuestra humilde opinion. ‖

5962 Ultimamente, impide el curso de la ejecucion toda escepcion que pueda originarse de ella misma, como por no haber puesto el escribano la hora en que notificó su estado con arreglo á lo mandado en la (ley 14, tit. 30, lib. 11, Novís. Recop.) ò por no haberse dado los pregones en el tiempo debido, ó cuando se invirtió el órden y forma legal en hacer la traba, ó si escedió el alguacil, ó no se observó el estilo del tribunal; en cuyos casos y otros semejantes debe admitirse la escepcion, no contra el contrato ó sentencia en cuya virtud se espidió, sino contra el mismo hecho de esta, ó la inobservancia de sus trámites y formas.

SECCION IV.

De las escepciones que no deben admitirse en la via ejecutiva.

5963 No debe admitirse la escepcion de *dolo*; y aqui no se habla del *dolo bueno* ó impropio que es *discrecion, astucia y sagacidad para conducirse lícitamente y evitar ser perjudicado, por lo que es permitido*; sino del *malo* propio y verdadero, que está reputado por ser *falacia y maquinacion premeditada para seducir y engañar á otro lucrándose con daño suyo*: (véanse los números 683, 2645 y 2646)

5964 Puede cometerse el dolo de varios modos:

1.º Cuando el mismo dolo da causa al contrato, ó uno es engañado precisamente para que celebre el contrato;

2.º Cuando aunque al principio no se haya cometido, se demanda despues al obligado, sabiéndose que este goza de escepcion, pues si se ignora, no se presume que le comete el demandante.

3.º Despues del contrato, como si por obra ó culpa del acreedor pierde el deudor el dinero que habia de pagar; y es de advertirse que cuando se procede civilmente, se compensa un dolo con otro, mas no en materia criminal.

5965 La escepcion de dolo puede oponerse al mismo doloso, bien sea varon ó hembra, mayor ó menor capaz de cometerle, por lo que es personal de parte de aquel contra quien se opone; y á las veces puede oponerse al actor no solo por el suyo sino tambien por el ageno, en cuyo caso debe el reo deducir, especificar y probar el dolo de aquel á cuyo favor se obligó el actor, como por el del difunto, que daña à su heredero.

5966 Pero esta escepcion es real de parte de quien la opone, de modo que se concede á cualquiera á quien pasa la cosa sobre que se cometiò el dolo, por ejemplo, cuando se reclama la cosa hurtada por el mismo que la hurtó ó por el que cometió el dolo en la reclamada, pues no se mira contra quien se cometió, sino se cometió en la cosa que se demanda judicialmente.

5967 Generalmente hablando, no daña al sucesor singular ni pasa contra él la escepcion del dolo cometido por su causante, salvos tres casos:

1.º Cuando quiere usar de la accion de su causante ó aunque no quiera, si tiene causa lucrativa ó cuasi, é intenta aprovecharse de ella;

2.º Cuando la cosa se ha de volver incontinenti al que cometió el dolo, ó la escepcion està inherente à ella misma;

3.º Cuando el dolo se cometió en la adquisicion de la accion pues à cualquier sucesor que use de ella, le obstará la escepcion: y es de notar que el dolo del sócio daña al consócio, aunque este puede repetir despues contra aquel.

5968 Celebrándose algun contrato en que interviene dolo, si para su confirmacion se hace despues otro sin él y el actor usa del segundo, puede todavía el reo oponer la escepcion de dolo que le compete en virtud del primero, porque se presume repetido en el segundo, y que le hubo para obtener la confirmacion de aquel: siendo de advertir que

puede remitirse la escepcion del dolo pasado, mas no la del futuro: (véanse núms. 2707 y 2645.)

|| Confuso en estremo está Febrero en la esplicacion que hace sobre el dolo; nosotros nos limitaremos á pocas palabras que encierren clara y rectamente la doctrina de nuestras leyes patrias. Por el dolo cometido en los contratos se dá accion contra el heredero del doloso, lo mismo que contra este para el resarcimiento de todos los perjuicios (ley 3, tit 16, Part. 7); pero de los otros daños ó perjuicios causados por dolo fuera de los contratos, ó por malicia y culpa de cualquiera otra manera no son responsables los herederos del que los causó, á menos de haberse demandado judicialmente al difunto: faltando esto solo, responderàn *in cuantum ad eos pervenit*, esto es, en cuanto se han hecho mas ricos ó ha llegado á ellos el daño irrogado por su causante, (dicha ley 3, tit. 16, lib. 3, tit. 15, Part. 7.) Asi procede segun Gomez (tomo 3, cap. 1, núm. 85, y Lopez, glos. 9 á la ley 25, tit. 1, Part. 7), atendiendo el rigor del derecho civil; pero el derecho canónico, mas equitativo, compele à los herederos al resarcimiento de los daños causados por el dolo del difunto hasta donde alcancen los bienes hereditarios. ||

5969 No es admisible en la via ejecutiva contra el instrumento público la escepcion de *lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio*, que en los contratos de venta, arrendamiento y otros semejantes compete al perjudicado; (ley 2, tit. 1, lib. 10, Novís. Recop.) porque requiere mayor ecsámen y conocimiento; pero se admitirà si puede liquidarse y probarse en el término legal, y probada impedirá el curso de la ejecucion.

5970 En cuanto á la escepcion de *error de cálculo ó número*, debe distinguirse si es material y propiamente numérico, por ejemplo, si en lugar de decir que debia ciento, dijese doscientos, debe admitirse, porque se puede deshacer el error fácilmente; pero si recae sobre la cosa, como cuando los apreciadores ó partidores aprueban lo que deben reprobar, ó al contrario ó la estiman en mas ó menos de lo que vale, no es admisible la escepcion, porque requiere mayor conocimiento, y no puede liquidarse en el término legal. (Ley 19, tit. 22. Part. 3.)

5971 Tampoco debe admitirse en el juicio ejecutivo la escepcion *de la division de la deuda* entre los mancomunados, porque hoy están tan claras y terminantes nuestras leyes Recopiladas que segun se obliguen quedan obligados, y pueden ser reconvenidos por el todo ó á prorata sin renunciar ley alguna; pero si se les demandare por mas de lo que importe su obligacion; podrán escepcionarlo y, probada la escepcion, impedirà el curso de la ejecucion.

5972 Obligándose dos ó mas de mancomun y por el todo, si el acreedor ejecutare á cualquiera de ellos, y el ejecutado escepcionare que debe dirigirse la ejecucion contra el otro por haberse refundido en él toda la utilidad del contrato, y que en este concepto la siga contra el mismo por su cuenta y á sus espensas, no debe admitírsele esta escepcion, porque el acreedor, supuesta la obligacion dicha, usa legalmente de su derecho, y no es de su inspeccion, ni le daña el convenio hecho por los deudores entre sí; y esto serà bueno para que el ejecutado, pagando antes al acreedor, use de su derecho con el lasto del mismo, y reclame del consócio ò co-reo segun le convenga.

5973 Estan discordes los autores sobre si en este juicio se ha de admitir ó no la escepcion *de restitucion por entero* á causa de lesion ò de menor edad; pero lo cierto y seguro es que, oponiéndola el menor por razon de su edad, debe admitirse, porque en la esclusion general del beneficio de restitucion no se entiende comprendido el que compete por la menor edad, y si se opone contra la ejecucion de la sentencia ó instrumento, que consta en autos ser lesivo, ò puede probarse en el término legal que lo es, debe tambien admitirse la escepcion, mas no en el caso contrario.

5974 El tribunal superior no debe admitir en la causa de apelacion ninguna escepcion que el juez inferior despreció en primera instancia por no ser legítima, pero sí la que no admitió á pesar de serlo, y tal vez por vejar al ejecutado.

SECCION V.

Del término en que el ejecutado ha de probar sus escepciones para impedir la ejecucion.

5975 Si el reo comparece y se pone à la ejecucion antes que se le cite de remate, ó en cualquier tiempo antes de la sentencia se le ha de haber por opuesto, y ha de encargarse á ambas partes el término perentorio de los diez dias que prefine la ley, para que aleguen y justifiquen en ellos lo que les convenga: asi se observa incuestionablemente en la práctica, sean uno ó mas los ejecutados por un acreedor y comprendidos en un mismo mandamiento ejecutivo, porque la ley habla indistintamente, y asi todos tienen tan solos los diez dias para justificar sus escepciones, y no diez cada uno de ellos.

5976 Desde cuando ha de empezar á correr el término de los diez dias es materia de disputa y discordia entre los autores; la opinion mas recibida es que se cuente desde la oposicion segun lo declara la ley 2, tit. 28, lib. 11, Novisima Recopilacion, que dice: «Declaramos y mandamos que los dichos diez dias corran, desde el dia que se opusiere á la tal ejecucion en adelante.»

5977 Sin embargo, se ha introducido en algunos tribunales que no empieze á correr dicho término hasta el dia en que se notifica a entrambos litigantes del mismo modo que se practica en la via ordinaria; y esto debe seguirse como mas equitativo, segun se hace en esta córte, porque seria cosa dura y aun inicua que por no poder ó no querer el escribano dar cuenta de la oposicion al juez, ó notificar el encargo, ó por hallarse imposibilitado ú ocupado el mismo juez, quedase indefenso el ejecutado y fuera condenado sin ser oido.

5978 Por lo tanto no ha de correr el término hasta que se notifica á entrambos litigantes, debiendo entenderse la ley Recopilada del caso en que cesa toda imposibilidad y fraude; y si por olvido se hace saber tan solamente à una parte, no debe correr y se han de reponer los autos y diligencias posteriores al estado que tenian cuando se hizo la oposicion é hizo el encargo de los diez dias, como se ha practicado muchas veces para evitar nulidad en las diligencias. Y debe tenerse presente que las notificaciones se han de hacer á costa del reo tan pronto

como se firma la providencia, aunque no lo solicite, porque se dió á su instancia.

5979 Si los diez dias empiezan á correr en feriados, como los de Pascua ú otras, y espiran en ellos, ó se compone su mayor parte, no deben contarse ni correr hasta el siguiente al dia en que cesan; y esto se ha practicado siempre, pues que de lo contrario seria ilusoria é ineficaz la concesion de la ley, y no aprovecharia al ejecutado.

5980 No debe prorogarse este término á instancia del reo: pero puede disfrutarle enteramente, y por lo mismo ha de tomar los autos primero que el acreedor, sin que se le deba compeler á volverlos mientras dura el término, ni entregarse antes al acreedor, aunque acuda á tomarlos, porque este tiene hecha su probanza con el instrumento, sentencia ò confesion que traen aparejada la ejecucion, y no necesita de término por no tener que probar; cuando por el contrario el reo necesita ver si le compete alguna escepcion contra el documento ejecutivo, para cuya probanza se le conceden solamente diez dias perentorios, término sumamente limitado, si se compara con el que tuvo el acreedor para pensar lo que habia de pedir.

5981 Pero bien puede prorogarse el término à instancia del acreedor tantas cuantas veces quiera, á pesar de que se alegue que él y el ejecutado son correlativos, que lo que no se permite al uno tampoco debe permitirse al otro, y que se debe guardar igualdad en los juicios. Los fundamentos de esta diferencia son, que ningun perjuicio siente el deudor; y antes bien comodidad en tener mas tiempo para preparar y hacer su defensa, ó buscar dinero con que pagar la deuda, y que, habiéndose prefijado un término tan breve en utilidad del acreedor, para que no se retarde mas la cobranza de su crédito, y en pena del deudor para que sea mas puntual en pagar, puede el acreedor renunciar legítimamente este beneficio y pedir todo el término què quiera, pues de lo contrario se convertiria en detrimento suyo lo que se estableció para su provecho.

‖ Por la misma razon de haberse concedido el término de los diez dias en beneficio del ejecutado, podrà este renunciarlos, pues en las causas civiles siempre puede renunciar los términos la persona por quien se introdujeron. (*Nota del reformador.*) ‖

5982 Mas para que se prorogue el término á instancia del acreedor, han de concurrir precisamente dos circunstancias:

1.ª Que pida la próroga dentro de los mismos diez dias y, si necesita mas prórogas, antes que espire la concedida, para que se entienda ser todo un mismo término; bien que para conceder la segunda dilacion, aunque se pida dentro de ellos, es menester que haya conocimiento de causa, y mayormente siendo ya de pasados, pues sin motivo gravísimo y justificado no se debe conceder la segunda pròroga, atendido que el acreedor, cuando pide la ejecucion, lleva ó debe llevar probada su intencion, y no necesita de término para ello, teniendo ademas el legal como el ejecutado, y no debe aprovecharle su negligencia de no haber acudido en tiempo á pedir la próroga: la dificultad debe ser mayor cuando el acreedor pide la pròroga para hacer prueba por testigos, porque se presume en este caso que ha visto ó tenido noticia de la prueba hecha por el ejecutado.

2.ª Que ni el ejecutante ni su defensor haya visto la prueba del ejecutado, para evitar de esta suerte el soborno de otros testigos, segun se observa en la via ordinaria (Leyes 34, tit. 16, Part. 3; y 9, título 11, lib. 11, Novis. Recop.)

5983 Tanto el término regular de los diez dias como el de las prórogas son comunes à ambas partes, y no corren hasta que se les notifican, ni perjudican al iguorante, ni por las dichas pròrogas se convierte la causa en ordinaria, ni se muda la naturaleza del juicio, porque se entienden hechas con la misma calidad que el encargado en los diez dias.

5984 Las partes pueden hacer sus probanzas por testigos, instrumentos y demas medios legales, aunque la ejecucion haya sido despachada en virtud de instrumento público, porque la ley 1, tit. 28, libro 11 Novis. Recop. habla disyuntivamente, y no ordena como de necesidad que se haya de probar las escepciones por otro instrumento tambien público.

5985 Los testigos que presente el reo, no solo han de ser juramentados antes de deponer, sino tambien examinados con citacion del actor dentro del referido término segun la citada ley 1; pues si aquel ha espirado ò falta la citacion, no se les deben recibir sus deposiciones, aun cuando hayan sido juramentados; y si asi no se hace, será ineficaz la prueba: lo mismo debe observarse en el cotejo de papeles simples no reconocidos, porque los peritos son como testigos, cuyo dicho es un mero parecer, y por sí solo no prueba.

5986 Los instrumentos han de ser tambien presentados antes que espire el término, y de lo contrario no deben ser admitidos, porque aquel es perentorio, y como la ley sola es la que lo concede y prefija, no hay en el juez facultad para alargarle á instancia del reo, y admitir á este la probanza que quiera hacer fuera de él, aunque en la via ordinaria se practica lo contrario.

5987 Pero lo espuesto en los dos números anteriores no tiene lugar, cuando por omision ó imposibilidad del juez ó escribano se pasa el término sin hacerse la prueba, pues como en estos casos no hay culpa por parte del reo, tampoco debe sentir perjuicio; y le será por lo tanto muy útil protestar preventivamente en el pedimento de oposicion, que no le perjudique la tal omision ó imposibilidad, con cuya cautela aunque espire el término, podràn ser examinados despues los testigos, con tal que hayan sido juramentados dentro de él; y asi se practica.

5988 Cuando el reo intenta probar sus escepciones por testigos, debe nombrarlos, espresar dónde viven, y jurar que no procede de malicia (ley 1, tit. 28, lib. 11, Novís. Recop.); y si se hallan en otro territorio, ha de pretender y se ha de librar requisitoria al juez de su domicilio, segun se practica en el juicio ordinario (leyes 1, tit. 7, Partida 3; y 7, tit. 29, lib. 11, Novis. Recop.); pero su interrogatorio no se debe comunicar al actor, ni el de éste á aquel. En este juicio, como ni en los demas sumarios, no se admiten tachas, ni de consiguiente se concede término para probarlas.

5989 Aunque haya espirado el término de los diez dias, puede el deudor pretender que el acreedor jure de calumnia y deposiciones en

cualquier tiempo del juicio, con tal que sea antes de la sentencia de remate: asi lo dispone la ley 72, tit. 4, lib. 3 Recop., y se practica, sin embargo de que algunos demasiado escrupulosos dicen, que esta ley se debe entender solamente de los adelantamientos de Búrgos, Castilla y Leon, en cuyo título está; pues no se hacen cargo de que fue creada muy posteriormente á la 1, tit. 28, lib. 11, Novis Recop., y de que no manda que esta quede en su fuerza y vigor en los demas parages, ni escluye ni prohibe que puedan aprovecharse de ella los que no residen en los adelantamientos; ni de que cuando el legislador mandaba á un presidente cierta cosa, se entendia mandarla tambien á todos los de sus dominios en igual caso, por militar la misma razon.

5990 Ademas, la confesion de la parte no es propiamente prueba, sino mas bien relevacion de ella, por lo que no hay término prefinido para hacerla, y puede hacerse fuera del de la ley.

5991 Lo dicho en el número anterior procede igualmente, cuando el deudor pide que el acreedor reconozca algun papel; mas si pretende que en caso de negativa se coteje con otros indubitados del mismo acreedor, no se debe deferir al cotejo por ser pasado el término.

5992 Aunque no puede prorogarse el término à instancia del ejecutado, queda todavía la duda de si podrá suspenderse. Febrero dice que no la ha visto propuesta por ningun autor, y opina por la suspension siempre que el deudor acredite justa causa, como estar enfermos ó ausentes algunos de sus testigos, y esperarse pronto su restablecimiento ó regreso, no poder el escribano compulsar el instrumento con tanta prontitud y otras semejantes: fúndase para ello en las razones siguientes:

1.ª La ley no prohibe la suspension, ni siquiera habla de ella, y todo lo que no està prohibido se entiende permitido.

2.ª Por la suspension justificada no se contraviene al mandato de la ley, pues siendo este de que la prueba se haga y presente dentro de los diez dias, se cumple con él ecsaminando los testigos ó presentando el instrumento en los que resten despues de la suspension.

3.ª Porque en la demora de poco tiempo no se causa detrimento notable al acreedor, y seria cosa inhumana que por no aguardar algunos dias mas, se gravase al reo con el pago de lo que tal vez no debe, y ademas las costas, décima y otros perjuicios irreparables que son consiguientes al mandamiento de pago; sobre todo cuando no ha sido culpable ú omiso, ni se perjudica en ello al acreedor, sea que el reo justifique ò no su escepcion, porque si la justifica, como que el acreedor habrá pedido lo que no le tocaba, no solo no debe dársele, sino castigarle por litigante de mala fé; y si el deudor no la justifica, tiene todavía aquel tiempo para usar de todo el rigor de la ley; pero de todos modos, la suspension, como de equidad y no de justicia, será arbitraria en el juez.

|| El reformador de Febrero no se conforma con esta opinion, y le parece contraria à la ley 1, tit. 28, lib. 11, Novis. Recop., que dice lo siguiente: «I para probar tal paga, i excepcion, si por testigos lo oviere de probar, es nuestra merced que el deudor nombre luego los testigos, quién son, i donde viven, i jure que no trae malicia: y si nombrare los testigos aquende los puertos fuera del arzobispado, ó obispa-

do aya plazo de un mes para traer sus dichos; y si allende los puertos por todo el reyno, que aya plazo de dos meses; y si los nombrare en Roma, ó en Paris, ó en Jerusalen, fuera del reyno, que aya plazo de seis meses; pero es nuestra merced que el deudor que alegare la tal paga, ò excepcion, no la probando dentro de los dichos diez dias, en la manera que dicha es, dixere que los testigos, que tiene, estan fuera del arzobispado, ò obispado, como dicho es, que pague luego al mercader, ò al acreedor, dando el tal mercader, ó acreedor luego fianzas que, si el deudor probare la paga, ó otra excepcion, que le pueda escusar, que le tornará lo que assi pagare con el doblo, por pena en nombre de interesse; y el reo asimismo dé fianzas que si lo no probare en el dicho término, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó &c.» Si segun esta ley en el caso de decir el ejecutado que estan ausentes los testigos con quienes puede probar su escepcion, se ha de hacer el pago dando la espresada fianza, como dice despues Febrero, ¿por qué no ha de observarse lo mismo cuando esten enfermos ò ausentes algunos de los testigos, cuando el escribano no puede compulsar con prontitud el instrumento, ó en otros casos semejantes, y se ha de recurrir á la suspension del término de los diez dias, esto es, á la contravencion de la ley? Y en el caso de la ley inserta, dice Hevia Bolaños, en la misma sentencia de remate se suele recibir la causa á prueba, y de la sentencia dada en ella, por ser ordinario, ha lugar á apelacion. Nosotros tenemos por mas cierta y segura en derecho la doctrina del reformador, á pesar de que la de Febrero parece recomendarse por mas humana y equitativa. ||

5993 Pero debe advertirse en primer lugar, que esta suspension se ha de notificar al actor, à costa del reo; en segundo lugar, que el escribano debe poner nota en el pedimento, en que se solicite, no solo del dia, sino tambien de la hora de su presentacion para que, si se defiere á ella, como que corre de momento á momento, no se le cuente el dia por término ya pasado, habiendo tal vez presentado el pedimento à la hora de audiencia ò antes; y en tercer lugar que, durante la suspension no se ecsamine ningun testigo, sino despues dentro del término que resta; de lo contrario será nulo lo que se haga, como que se hace fuera del término aunque se cite préviamente al acreedor, porque la suspension no es para que el deudor tenga mas tiempo, y que en este justifique sus escepciones (pues esto equivaldria á próroga que el juez no puede conceder à su instancia, sino para que los testigos vengan de fuera ó sanen, y depongan en el término restante.

5994 Procede lo mismo, si el reo pide declaracion al ejecutante, y en caso de negativa, que con su citacion se le reciba justificacion de testigos, suspendiéndose el término, mientras evacua la declaracion.

5995 Debe pues en este caso acceder el juez á la suspension; ya porque la declaracion pedida por el deudor no es prueba sino relevacion de ella, y ya porque de no acceder el juez podria el acreedor ausentarse ú ocultarse maliciosamente hasta que espirára el término, para que el deudor no pudiese justificar, causàndosele la estorsion de ser condenado, tal vez sin deber lo que se le pedia.

5996 Decretada la suspension, y evacuada la declaracion, se ha

de hacer saber esta al reo, espresándose la hora en que se le notifica, para que en uso de su derecho presente sus testigos, y desde dicha hora continúe el curso del término que falta; pues no se infringe la ley por esta suspension, ni por ella se próroga el término, ni el ejecutado hace su prueba fuera del legal, y únicamente se corta al acreedor su malicia de querer tal vez dejar indefenso al reo.

5997 Ademas, si el ejecutado puede pretender en cualquier tiempo antes de la sentencia de remate que el acreedor jure de calumnia y posiciones, segun lo arriba espuesto, y debe deferirse á su solicitud, con mayor razon se deberá suspender el término, que todavia no espirò, á fin de que declare: todo lo cual se ha practicado repetidas veces en esta corte como equitativo y justo, por no ser abuso, corruptela, ni infraccion de las leyes.

|| El señor Salgado dice que cuando por impedimento del actor no pudo el ejecutado hacer las probanzas, no se concede de nuevo todo el término, sino que se cumple el de que no se usó por razon del impedimento. (*Nota del reformador.*) ||

5998 Si los litigantes, pasados los diez dias, piden los autos para instruirse de lo justificado é informar al juez, se les han de entregar por un breve término, y primero al actor que al reo, aunque al encargarse los diez dias de la ley para probar se entregan primero al reo ó ejecutado, segun dejamos espuesto. Deben igualmente entregárseles para alegar de su derecho segun el órden del juicio al modo con que se hace en la via ordinaria; y de lo que uno alegue y haya probado, se ha de dar traslado al otro con calidad de *sin perjuicio*, lo que hace que la causa no altere ni mude su naturaleza, aunque haya muchos traslados.

5999 Despues de practicado lo dicho en el número anterior, debe el juez llamar los autos á instancia de cualquiera de las partes, y no de oficio; señalar dia para su vista, si hay costumbre de ello, citar á entrambos por si quieren asistir á informarse verbalmente de su derecho y justicia; y si no se acostumbra señalar dia ni informar, sentenciarlos despues de pasados los tres dias de la citacion para sentencia.

6000 Pero esta citacion solo es necesaria cuando el ejecutado hizo prueba, ó la escepcion resulta del mismo documento ejecutivo y se alega; pues en otro caso es vicioso mandarle citar, porque ya lo está de remate, y no hay cosa nueva, ni motivo para volverla á hacer. Por lo tanto debe el juez llamar los autos y sentenciarlos, que es lo corriente en la práctica: si bien algunos quieren que, aun no habiéndose opuesto el deudor, pida el acreedor que se sentencie la causa, en cuyo caso llama el juez los autos, y sin nueva citacion los sentencia á la primera audiencia. Esta práctica no debe ciertamente reprobarse, pero no es necesaria en el caso de que vamos hablando, cuando en el pedimento en que el acreedor pretende se cite de remate al reo, pida tambien que á su tiempo se sentencie la causa, y se despache el correspondiente mandamiento de pago.

SECCION VI.

Si el juez requerido podrá conocer y determinar las escepciones opuestas por el ejecutado.

6001 Como no siempre ejecuta la sentencia el mismo juez que la pronuncia, sea ordinario ó delegado, pues tiene que impartir muchas veces el auxilio de otro, parece conveniente esplicar por conclusion de esta materia, si todas las escepciones, que es permitido oponer contra la ejecucion, podrán deducirse y alegarse ante el juez requerido del mismo modo que ante el requirente; y si aquel podrá no conocer de ellas, y determinarlas como este: mas para la mejor esplicacion é inteligencia de este punto debe antes sentarse la diferente índole y objeto de las escepciones.

6002 Hay algunas que se alegan contra las misma sentencia, en cuya virtud se procede, como la de nulidad:

Otras no se oponen contra la sentencia, sino contra su ejecucion, por ejemplo, la de que alguno no puede ser reconvenido en mas de su posibilidad, como son todos los que gozan del beneficio de competencia. Estas escepciones no arguyen de injusta la sentencia, y solo moderan su ejecucion, por lo que se pueden alegar y oponer despues de ella.

6003 Corresponden á esta clase de escepciones la de los gastos hechos en la cosa, y se opone al que pretende reivindicarla, la de compensacion, la de no haber pagado el comprador el precio de lo que compró, la de cesion de acciones y otras semejantes, las que pueden oponerse despues de ejecutoriada la sentencia, como que solo se dirigen á modificarla: esceptúase el caso de haber sido opuestos en la causa principal antes de la sentencia, y despreciadas por el juez espresa ó tácitamente, pues que este desprecio tàcito ó espreso pasa à cosa juzgada en union con la sentencia, y produce escepcion de tal contra el que las opone. (Cap. 15 de *Sentent. et re judicat.*)

6004 Ultimamente, otras se ponen contra la accion intentada, cuales son las perentorias concernientes á los méritos de la causa principal, y estas, regularmente hablando, no pueden oponerse despues de la sentencia, porque se dirigirian á rescindirla ò revocarla; y como despues de la cosa juzgada no queda que hacer mas que ejecutarla, no cabe ya admitirlas en su ejecucion. Hay sin embargo algunas de ellas que todavia tienen lugar, como la del Senado consulto *Macedoniano* de que trata la ley 17, tít. 1, lib 10, Novis. Recop, y que fue establecida en odio de los acreedores usurarios y en beneficio de los hijos de familia y de sus padres (véanse los números 2720, 2817 y siguientes); la del Senado consulto *Veleyano* en favor de las mugeres (véanse los números 2756 y siguientes y 3479), la de restitucion por entero que corresponde à los menores, y otras.

6005 Debe igualmente sentarse para el mismo objeto de la mejor inteligencia, que de los que ejecutan las sentencias por mandato, comision ò requerimiento de otros, unos se llaman *meros ejecutores*, y otros *mistos*. Los primeros son los alguaciles, porteros y otros sirvientes de la curia ó juzgado que carecen de jurisdiccion y no toman el me-

nor conocimiento de las causas, por haber precedido ya este y no tener ellos otra atribucion y destino que cumplir el mandato del juez que dió la sentencia: los segundos son jueces con jurisdiccion, á quienes el ordinario de otro territorio ó el delegado comete la ejecucion de su sentencia antes que conozca de las escepciones concernientes á la misma ejecucion.

6006 Esto sentado, dice Febrero, que los meros ejecutores no deben admitir regularmente escepciones de ninguna especie contra la ejecucion, ni pueden conocer de ellas por defecto de jurisdiccion; pero los ejecutores mistos pueden entender de las tocantes á los méritos de la causa, no para determinarlas, sino para ver si obstan ó no á la ejecucion; pues obstando, deben suspender esta y remitirlas al juez requirente para que las decida; mas si se oponen calumniosamente y no la impiden, han de proceder á ejecutar la sentencia.

6007 De las que modifican la sentencia no solo pueden conocer sino tambien determinarlas, pues por el hecho de comisionarlos es visto cometerles tambien lo conveniente à ella.

6008 De las que impugnan la sentencia, como la de la nulidad, restitucion &c. pueden conocer igualmente, y, si advierte que son despreciables, han de proceder á su ejecucion; mas siendo legítimas, deben remitirlas bien instruidas al juez requirente para que las decida, y no decidirlas por sí, pues que de hacerlo se verificaria que el juez menor ó igual en jurisdiccion revocaria la sentencia del igual ò mayor, lo cual es opuesto á derecho; tanto mas cuanto que en el punto de que se trata siempre es mayor el requirente que el requerido, aunque por lo demas sean ambos iguales.

6009 En cuanto al tercer poseedor, suponiendo como cierto é indubitado que puede oponer sus escepciones ante el juez requerido, y este conocer de ellas, para resolver si podrá ó no decidirlas, se distinguen dos casos;

1.º Cuando alega que posee los bienes en que el juez requerido trabó la ejecucion, y por haberse trabado en los que no pertenecen al deudor se opone á ella; en cuyo caso no solo puede conocer de esta escepcion sino tambien determinarla, sin necesidad de remitirla al requirente, porque tan solo modifica la sentencia de este, y no la impugna como injusta.

2.º Cuando la escepcion toca á la sentencia y causa principal, como si el tercero alega ser nula, ó nulo el instrumento en cuya virtud se despachó la ejecucion, ó que en los bienes del deudor debe ser preferido al acreedor que la pidió; y entonces puede el juez requerido conocer de la oposicion y escepcion, no para decidirla, sino para instruirla y remitirla al juez requirente, á fin de que la determine, como juez à quien incumbe legítimamente conocer del concurso de acreedores, porque no puede dividirse la continencia de este.

|| El señor conde de la Cañada trata este punto con mayor claridad y en sentido muy diverso que Febrero. Supone pues que el encargado de la ejecucion de la sentencia es siempre un verdadero juez, no un alguacil, portero ú otro sirviente de la curia ó juzgado, respecto de los cuales es ridícula y absurda la duda ò pregunta de si podrán conocer ó no de las escepciones.

Asi, no funda el mencionado autor la distincion de ejecutores *meros* y *mistos* en la diversidad de personas á quienes se comete la ejecucion, porque da por supuesto que en todos casos han de ser jueces, sino en sus facultades para admitir y determinar las escepciones. Para dar una idea clara acerca de esto pone dos casos ó ejemplos: primero, de una sentencia sobre accion personal y cantidad liquida; si en el juicio principal se opuso la escepcion de paga ó compensacion y fue desestimada, el ejecutor no podrà ya admitirla, y por lo tanto es *mero* si no se opuso, podrá admitirla, y entonces será *misto*. El segundo ejemplo es de sentencia sobre accion real, y decide lo mismo en cuanto à los frutos, segun se haya tratado ó no de ellos en el juicio principal.

«Cuando no se han propuesto en este las enunciadas escepciones, quedan preservadas y pueden usar de ellas las partes en la ejecucion de las sentencias, *ya sea para modificar su condenacion ó ya para liquidar*; debiendo hacerlo ante el ejecutor, que es misto en estos y otros casos semejantes, y puede conocer de las referidas escepciones y determinarlas. Fúndase la facultad de los ejecutores mistos en la regla positiva y segura de que el juez principal, que delega ó manda su jurisdiccion à otro, le dá toda la que le es necesaria para cumplir su mandamiento, y quiere que para llegar al fin use de los medios y antecedentes precisos. Esta es una proposicion generalmente recibida que debió su origen al jurisdiconsulto Paulo en la *ley* 5, §. 1, *Dig. de officius cui mandat. est jurisdicta.*

‖ «En cuanto á los terceros opositores, que no comparecieron en el juicio principal por coadyuvantes ni escluyentes (pues si comparecieron dejaràn ya de ser terceros en el juicio ejecutivo); el juez ejecutores y se considera siempre *misto* respecto de ellos aunque sea *mero* para los que litigaron y espusieron en el pleito principal todas sus escepciones; pero teniéndose entendido que los coadyuvantes solo podrán proponer las defensas y escepciones permitidas á las misma partes que litigaron (Señor Cañada, cap. 2, part. 3.)» ‖

INDICE

DEL TOMO SESTO.

PARTE CIVIL.

CONTINUACION DEL LIBRO III.

DEL JUICIO CIVIL ORDINARIO.

ADVERTENCIA.

Por un descuido al hacer la numeracion de títulos se omitió la decena desde el **91** *al* **100**; *en el tomo prócsimo se deshará esta equivocacion, contando desde el* **94** *en adelante.*